

**T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

Harun SAĞLAM

**TÜRK HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİLERİNİN KİŞİSEL
KUSURLARINDAN KAYNAKLANAN ZARARLARDAN DOLAYI
İDARENİN SORUMLULUĞU ve KAMU GÖREVLİLERİNE RÜCU
EDİLMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TEZ YÖNETİCİSİ
Yrd. Doç. Dr. M. Emin RUHİ**

ERZURUM – 2010



T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TEZ KABUL TUTANAĞI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Yrd. Doç. Dr. M. Emin Ruhi danışmanlığında, Harun Sağlam tarafından hazırlanan bu çalışma 28/09/2010 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Doç. Dr. Ayhan Ceylan

İmza:

Jüri Üyesi : Yrd. Doç. Dr. M. Emin Ruhi

İmza:

Jüri Üyesi : Yrd. Doç. Dr. Veli Karagöz

İmza:

Yukarıdaki imzalar adı geçen öğretim üyelerine aittir.

Prof. Dr. Mustafa YILDIRIM
Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

ÖZET	V
ABSTRACT.....	VI
KISALTMALAR	VII
ÖNSÖZ	VIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK SORUMLULUK KAVRAMI, SORUMLULUK TÜRLERİ ve İDARENİN HUKUKİ (MALİ) SORUMLULUĞU

1.1. BİR KAVRAM OLARAK SORUMLULUK VE HUKUKTA SORUMLULUK TÜRLERİ	3
1.1.1. Genel Olarak Hukuktaki Sorumluluk Türleri.....	3
1.1.1.1. Hukuki (Mali) Sorumluluk.....	3
1.1.1.2. Cezai Sorumluluk	4
1.1.1.3. Siyasi Sorumluluk.....	4
1.2. HUKUKİ (MALİ) SORUMLULUK TÜRLERİ.....	5
1.2.1. Genel Olarak	5
1.2.2. Medeni Sorumluluk	5
1.2.3. Kusura Dayanan Sorumluluk (haksız fiil sorumluluğu).....	6
1.2.4. Kusura Dayanmayan Sorumluluk (sebep sorumluluğu)	6
1.3. İDARENİN HUKUKİ (MALİ) SORUMLULUĞU	7
1.3.1. Genel Olarak	7
1.3.2. Kamu Görevlisi ve Memur Kavramları	9
1.4. İDARENİN ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞU	11
1.4.1. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmelerinden Doğan Sorumluluğu	11
1.4.2. Sınai ve İdari Kamu Hizmetlerinden Doğan Zararlardan Sorumluluk	11
1.4.3. İdarenin Özel Mallarının İşletilmesinden Kaynaklanan Zararlar	12
1.4.4. Fiili Yol ve Usulsüz El Koymadan Doğan Zararlardan Kaynaklanan Sorumluluk	12
1.4.5. Kanunla Özel Hukuka Tabi Kılınmış Zararlar	12
1.4.6. Kamu Görevlilerinin Kişisel Kusurlarından Kaynaklanan Zararlar ..	13

1.5. İDARENİN İDARİ SORUMLULUĞU	14
1.5.1. Genel olarak	14
1.5.2. Kamu Hizmeti	15
1.5.3. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu.....	16
1.5.4. İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu	16
1.5.4.1. Zararın Bulunması	17
1.5.4.2. İdarenin Eylem veya İşleminin Bulunması	18
1.5.4.3. Nedensellik Bağı (İllyet Rabitası) Bulunması	18
1.5.5. İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğunu Etkileyen Nedenler	19
1.5.6. Hizmet Kusuru	20
1.5.7. Kişisel Kusur	23
1.5.7.1. Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusur Ayrımının Uygulamadaki Önemi ve Salt Kişisel Kusur Kavramı	24
1.5.7.2. Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusurun Birleşmesi ve Görev Kusuru Kavramı	29
1.5.8. İdarenin İdari Sözleşmelerden Doğan Sorumluluğu	34
1.5.9. İdari Eylem ve İşlemlerden Doğan İdarenin Sorumluluğunun Yaptırımı.....	35

İKİNCİ BÖLÜM

RÜCU KAVRAMI VE İDARENİN KAMU GÖREVLİSİNE RÜCU ETMESİ

2.1. GENEL OLARAK RÜCU KAVRAMI	37
2.2. ÖZEL HUKUK ALANINDA RÜCU HAKKI	38
2.2.1. Borçlar Kanunundaki Düzenleme.....	38
2.2.2. Rücu Hakkının Doğumu ve Özellikleri.....	40
2.2.2.1 Müteselsil Bir Borç İlişkisinin Varlığı.....	41
2.2.2.2 Sorumlu Taraflardan Birinin İfada veya İfa Yerine Geçen Edimde Bulunarak Alacaklıyı Tatmin Etmesi.....	41
2.2.2.3 Borçlunun İfadan Kaçınmasının Mümkün Olması	42
2.2.3. Rücu Hakkının Kullanılması Durumunda (Rücu Davalarında) İspat Problemi	42

2.3. HAKSIZ FİLDEN KAYNAKLANAN (KUSURA DAYALI) RÜCU HAKKININ DOĞUMUNA İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR	43
2.3.1. İstihdam Edenin (Çalıştırının) Rücu Hakkı	43
2.3.2. Rücu Hakkı Doğuran Çeşitli Sorumluluk Halleri	44
2.4. İDARENİN KAMU GÖREVLİSİNE RÜCU HAKKINI DOĞURAN DURUMLAR.....	45
2.5. KAMU GÖREVLİSİNE RÜCU EDİLMESİNDE YETKİ SORUNU VE BAŞVURULACAK YÖNTEM.....	48
2.5.1. Rücu Yoluna Başvuruda Yetki Sorunu	48
2.5.2. Rücu Yoluna Başvuruda Uygulanacak Yöntem	51
2.6. KAMU GÖREVLİSİNE RÜCU EDİLMESİNDE BAŞVURULACAK YARGI YOLU VE UYGULANACAK HÜKÜMLER.....	53
2.6.1. Yargı Yolu	53
2.6.2. Rücu Hakkının Kullanılmasıyla Açılan Tazminat Davalarında Uygulanacak Hükümler	55
2.6.2.1. Rücu Hakkının Kullanımı Yönünden.....	55
2.6.2.2. Kusurlu Kamu Görevlisinin Tespiti ve Davanın İspatı Yönünden	59
2.7. İDARENİN KAMU GÖREVLİSİNE RÜCU ETMESİNE ÖRNEK BAZI ÖZEL DURUMLAR.....	61
2.7.1. Sağlık Kamu Hizmeti Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Sağlık Personeline Rücu Edilmesi.....	61
2.7.1.1. Genel Olarak Sağlık Kamu Hizmeti Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu	61
2.7.1.2. Sağlık Kamu Hizmetinden Kaynaklanan İdarenin Sorumluluğu Nedeniyle Sağlık Personeline Rücu Edilmesi.....	62
2.7.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Aykırılıktan Dolayı İdarenin Sorumluluğu ve Kusurlu Kamu Personeline Rücu Edilmesi.....	65
2.7.2.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümlerinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı.....	65
2.7.2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Aykırılıktan Ötürü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Doğan Devletin Sorumluluğu ve Kusurlu Kamu Görevlisine Rücu Edilmesi.....	66

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**DEVLETİN RÜCU HAKKINI DOĞURAN İSTİSNAİ BİR DURUM OLAN
HAKİMİN KİŞİSEL KUSURU VE HUKUKİ SORUMLULUĞU**

3.1. GENEL OLARAK.....	71
3.2. HAKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR	75
3.3 HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAKİ GENEL DÜZENLEME	76
3.4. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNUNU TASARISINDAKİ HAKİMLERİN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DÜZENLEME	78
3.5. HAKİMİN YARGISAL FAALİYETİNDEN DOĞAN ve İDARENİN SORUMLULUĞUNU BELİRLEYEN ÖZEL DÜZENLEMELER	84
3.5.1. Vesayet Dairelerinin Verdikleri Zararlardan Devletin Sorumluluğu ve İlgili Kişiye Rücu Edilmesi.....	84
3.5.2. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Verilen Zararlardan Dolayı Devletin Tazminat Sorumluluğu ve Rücu Hakkı	85
3.5.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki Adil Yargılanma İlkesinin İhlali Sonucu Devletin Tazminata Mahkum Olması ve Bu Nedenle Sorumluluğu Bulunan Hakime Rücu Edilmesi	89
SONUÇ	95
KAYNAKÇA.....	98
ÖZGEÇMİŞ	101

ÖZET
YÜKSEK LİSANS TEZİ
TÜRK HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİLERİNİN KİŞİSEL
KUSURLARINDAN KAYNAKLANAN ZARARLARDAN
DOLAYI İDARENİN SORUMLULUĞU ve KAMU
GÖREVLİLERİNE RÜCU EDİLMESİ

Harun SAĞLAM

Danışman: Yrd. Doç. Dr. M. Emin RUHİ

2010 - Sayfa: 101 +VIII

Jüri: Yrd. Doç. Dr. M. Emin RUHİ

Doç. Dr. Ayhan CEYLAN

Yrd. Doç. Dr. Veli KARAGÖZ

Devletin, personelinin kusurlu davranışıyla kişilere verdiği zararı tazmin etmesini müteakip sorumlu personele rücu etmesi, hukuk sistemimizde ve Devletin idari işleyişinde bu güne kadar yeterince önem verilmeyen ancak üzerinde önemle durulması gereken ve hukuki altyapısı sağlam bir şekilde oluşturulması gereken bir konudur.

Zira kamu görevlisine rücu edilmesi ile; kamu görevlilerinin sorumlu davranması sağlanarak idarenin sağlıklı işlemesi temin edilecek, kusurlu personelin davranışının bedelini Devletin, dolayısıyla da vatandaşların topluca ödemesinin önüne geçilecek, böylece Devletin saygınlığının ve ekonomik gücünün korunması sağlanacaktır.

Bu çalışmada doktrinde yeterince incelenmemiş olan bu konunun açıklanması amaçlanmış olup, bu amaca ulaşmak için kamu görevlisine rücu edilmesine dayanak teşkil eden temel kavramlar adım adım ele alınmıştır. Bu bakımdan önce genel olarak sorumluluk kavramı incelenmiş, ardından kamu görevlisine rücu için geçiş aşaması olan idarenin hukuki (mali) sorumluluğu çeşitli yönleriyle ortaya konulmuş, daha sonra rücu kavramı hukuki açıdan unsurları ile birlikte incelenerek, nihayet idarenin kamu görevlisine rücu etmesi, değişik durumlarıyla ve yargı kararları ışığında ele alınmıştır.

ABSTRACT
MASTER THESIS
RESPONSIBILITY OF THE GOVERNMENT FOR DAMAGE ARISING
FROM PERSONAL DEFECTS OF PUBLIC OFFICIALS AND
REVOCAION FOR PUBLIC OFFICIALS IN TURKISH LAW

Harun SAĞLAM

Advisor : Assist. Prof. Dr. M. Emin RUHİ

2010-Page: 101 + VIII

Jury: Assist. Prof. Dr. M. Emin RUHİ

Assoc. Prof. Dr. Ayhan CEYLAN

Assist. Prof. Dr. Veli KARAGÖZ

Revocation for public officials by the state after the state has compensated for the damage to persons caused by the defective conduct of public officials is an issue which has not been dealt with so far significantly enough in our legal system and governmental functioning of the state although it is a matter that must be stressed and whose legal base must be formed strongly.

The reason for this is the fact that through revocation for public officials, healthy functioning of the government will be provided by enabling the public officials to work more responsibly; the compensation for the conduct of defective officials by the state and all citizens will be avoided; and thus respect for and economic power of the state will be protected.

This study is intended to explain this issue, which is not sufficiently examined in theory, and to handle the concepts which form the basis for revocation for public officials step by step. Accordingly, the concept of responsibility is examined generally and then legal (economic) responsibility of government, which is the transitional stage of revocation for public officials, is dealt with with different aspects. The concept of revocation is handled with its legal elements and finally various samples of revocation for public officials by the government are examined in the light of dijudications.

KISALTMALAR

Age.	: Adı geen eser
AİHM.	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS.	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
Bsk	: Baskı
C.	: Cilt
CMK.	: Ceza Muhakemesi Kanunu
D.	: Dairesi
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İYUK.	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MK.	: Medeni Kanun
N.	: Numara
s.	: sayfa
S.	: Sayı
s.k	: sayılı kanun
ss.	: sayfa aralığı
T.	: Tarih
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
UYM.	: Uyuşmazlık Mahkemesi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire

ÖNSÖZ

Devletin, tazmin ettiği zararlar nedeniyle kamu görevlisine rücu etmesi sorunu, doktrinde genellikle kamu görevlisinin mali sorumluluğu bahsinde alt bir başlık olarak kısaca ele alınmış, sistematik olarak neredeyse hiç işlenmemiş bir konu olmuştur. Paralel bir şekilde, rücu mekanizması uygulamada da günümüze kadar ciddi ve sistemli bir şekilde işletilmeyen bir müessese olmuştur.

Bu çalışmada en çok zorlanılan husus yukarıda belirtildiği şekilde konunun doktrinde sistematik bir şekilde incelenmemiş olması nedeniyle yeterli kaynak bulunamaması olmuştur. Esasında bu tez konusunu seçmemizin asıl nedeni de öğretilerde unsurları ile birlikte yeterince incelenmemiş olan ve uygulamada gerektiği şekilde işletilmeyen, sağlam bir yasal zemini de bulunmayan bu konunun tüm yönleriyle ele alınarak rücu mekanizmasının işlerliğini sağlamak için başvurulacak yollara ve bu husustaki mevcut problemlere ışık tutulması olmuştur.

Çalışmada elde edilen bulgular sistematik bir halde sunulmaya çalışılmış, bu anlamda idarenin memura rücu etmesi; sorumluluk bahsi ve rücu konusunun temel hukuksal dayanakları çerçevesinde yargı kararları ile birlikte ele alınmıştır.

Bu tezi hazırlamamda bana gösterdiği ilgi ve her konudaki yardımlarından dolayı, kendisini tanımaktan onur duyduğum değerli danışman hocam M. Emin RUHİ'ye, tez hazırlama sürecinde tecrübelerinden faydalandığım değerli dostum Arapgir Cumhuriyet Savcısı Ramazan Söyler'e, tez çalışması boyunca benim için fazlasıyla gösterdiği fedakarlıklardan dolayı sevgili eşim Rabia'ya, ayrıca hayatım boyunca verdikleri her türlü destekten dolayı anne ve babama teşekkürü bir borç bilirim.

GİRİŞ

Devletin yürütme organı içinde yer alan idare, yasal görevlerini yürütürken çeşitli eylemlerde bulunur ve değişik işlemler tesis eder. Bu eylem ve işlemler doğal olarak idarenin ajanı olan kamu görevlileri tarafından yerine getirilir. Kamu görevlileri bu işlem ve eylemleri anayasanın verdiği yetkiyle ve kanunlar çerçevesinde gerçekleştirirler. Bunun yanında yine hukuk düzeni içinde kalmak kaydıyla yer yer belli bir takdir yetkisiyle hareket ederler. Ancak kamu görevlileri tarafından yerine getirilen eylem ve işlemler nedeniyle, kamu görevlilerinin kusurlarından dolayı zaman zaman kişilerin zarara uğraması da söz konusu olmakta ve bu noktada kişilere verilen zararların nasıl ve kim tarafından karşılanacağı sorunu gündeme gelmektedir.

Tarihsel gelişim sürecinde modern hukuk devletleri ortaya çıkmadan önce, devletin otoriter olduğu ve icraatlarının sorgulanamaz olarak kabul edildiği dönemde, eylem ve işlemleri nedeniyle devletin tamamen sorumsuz olduğu kabul edilmekteydi. Yani, devletin görevlileri aracılığıyla yürüttüğü işlem ve eylemlerden dolayı vatandaşlar zarara uğramış ise bu kişiler zararlarının tazmin edilmesini talep etmek hakkına sahip olmadıkları gibi bunun için gerekli idari-hukuki yollar ve aygıtlar da mevcut değildi. Bazı devletlerin korumacı anlayışla vatandaşının bu zararlarını karşıladığı da görülmekteydi ve fakat bu durumda dahi zararın tazmin edilmesi devlet için bir zorunluluk değil vatandaş için bir lütuf olarak kabul edilmekteydi.

19. yüzyıldan sonra hukuk devleti anlayışının gelişmesi ile birlikte devletin de tıpkı bireyler gibi, kusurlu eylem ve işlemleri nedeniyle kişilere verdiği zararlardan sorumlu olması gerektiği kabul edilerek bunun için hukuki ve idari yollar ile bu sorumluluğu denetleyecek organlar tesis edilmiştir. İşte devletin bu şekilde sorumluluğunun kabul edilmesi, beraberinde zarara bizzat kendi kusurlu davranışıyla sebebiyet veren, yani yetkisini hukuka ve görevin gereklerine aykırı şekilde kullanan devlet görevlisine rücu edilmesi meselesini gündeme getirmiştir.

Aslında, idarenin ajanı olan kamu görevlilerinin kusurlu bir şekilde gerçekleştirdikleri idari eylem ve işlemlerden dolayı, hukuk devleti ilkesinin gereği olarak mağdur olan kişilerin zararlarının daha güvenceli bir şekilde tazmin edilmesini sağlamak için bu zararlardan öncelikle idare sorumlu tutulmaktadır. Fakat yine hukuk devleti olmanın gereklerinden biri de; “herkes kendi kusuruyla meydana

gelmesine sebep olduğu zarardan sorumludur” şeklindeki evrensel hukuk prensibi göz önüne alınarak, kişilerin zararına sebep olan arızalı idari eylem ve işlemi gerçekleştiren kamu görevlisinin, görev ve yetkisini hukuka aykırı kullanmış olması nedeniyle oluşan zarardan sorumlu tutulmasıdır. İşte, memura rücu müessesesinin gerekliliği öncelikle bu noktada, yani “kendi kusurundan sorumlu olmak” prensibi çerçevesinde kendini göstermektedir.

Kamu görevlisine rücu edilmesini gerekli kılan diğer bir neden, idare hukukunda geçerli olan yetki ve sorumluluğun paralel olması prensibidir. Zira sorumsuz yetki keyfilik ve hukuksuzluk doğurur. Değişik saiklerle, örneğin ihmalkarlık ve tembellikle, husumet veya kin besleyerek ya da ideolojik tarafgirlik sonucu vazifesini görevin gereklerine, yasalara ve hukuk devleti ilkesine uygun yapmayan kamu görevlisinin, bu nitelikteki davranışları nedeniyle vatandaşlara ve topluma verdiği zarardan tutulması gerekir. Aksi takdirde yani bu nitelikteki eylem ve işlemlerden yalnızca devlet sorumlu tutulup kendisine rücu edilmezse, millete hizmet etmesi için görevlendirilen ve yine milletin sağladığı maddi olanaklarla yaşam süren o kamu görevlisi bir süre sonra kendisini milletin efendisi, milleti de kendisine hizmetçi, değersiz alt tabaka bir insan topluluğu olarak görmeye başlar.

Halbuki, rücu mekanizması, -başvurulması gerekli olan durumlarda- sağlıklı bir şekilde işletilirse, kamu çalışanları görevlerini yaparken kişilere kendi kusurlarıyla verdikleri zararlardan dolayı sorumsuz oldukları duygusuyla hareket etmeyip, meydana gelmesine sebebiyet verdikleri zararın rücu yoluyla kendilerine ödettirileceğini bilerek görevlerini daha dikkatli, sorumluluk duygusu içinde ve görevin gereklerine uygun şekilde yerine getireceklerdir. Bu hesap verme duygusunun beraberinde getirdiği bilinç aynı zamanda kamu görevlilerinin topluma bakış açısını olumlu yönde geliştirecek ve kamu personeli kendisini, görev sınırları kapsamında hiçbir vatandaş arasında ayırım yapmadan toplumun hizmetinde çalışması gereken biri olarak görecektir. Böylece, görevi sırasında kendi kusurlu eylem veya işlemleri ile kişilere zarar veren ve idarenin bu zararı ödemesine neden olan kamu personelinin yaptığı yanlışın cezasını, hem ekonomik hem de sosyal olarak bütün bir millet ödemek zorunda kalmayacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK SORUMLULUK KAVRAMI, SORUMLULUK TÜRLERİ ve İDARENİN HUKUKİ (MALİ) SORUMLULUĞU

1.1. BİR KAVRAM OLARAK SORUMLULUK VE HUKUKTA SORUMLULUK TÜRLERİ

Sorumluluk kelimesi “soru” kökeninden türetilmiş olan ve “soru sorulabilirlik” anlamına gelen bir kelimedir. Bu kelime, hukuk dilimizde halen kullanılan mesuliyet kelimesinin Türkçe karşılığı olarak kullanılmaya başlanmıştır. Zira mesuliyet kelimesi de aynı şekilde sual kelimesinden türetilmiştir¹. Soru sorulabilirlik gibi, sorumluluğun anlamı diğer bir deyişle “hesap sorulabilirliktir”.

Hukuki kavram olarak sorumluluk; hukuki sorumluluk, cezai sorumluluk, siyasi sorumluluk gibi değişik anlamlarda kullanılmaktadır². Aşağıda hukuktaki bu sorumluluk türleri üzerinde durulacaktır.

1.1.1. Genel Olarak Hukuktaki Sorumluluk Türleri

1.1.1.1. Hukuki (Mali) Sorumluluk

Hukuki sorumluluk veya diğer bir ifadeyle mal varlığı sorumluluğu, dar anlamıyla başkasına verilen zarar nedeniyle maddi olarak yaptırıma tabi tutulma, daha geniş bir ifadeyle, kusurlu bir eylemle veya sözleşme ile üstlenilen bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle başkasına bir zarar verilmesi halinde, uğranılmış olan zararın mümkünse aynen, değilse para olarak yahut başka bir biçimde karşılanması yönündeki yaptırım³ şeklinde tarif edilebilir. Bir devlet düzeninin mevcut olduğu toplumlarda bu yaptırımın devlet eliyle uygulanacağı kuşkusuzdur. Hukuki sorumluluk, doktrinde medeni sorumluluk yani özel hukuk sorumluluğu ile idari sorumluluk şeklinde iki ana başlığa ayrılmış⁴, bunun dışında her iki ana başlık kendi içlerinde akdi sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk olarak, sözleşme dışı sorumluluk da kendi içinde haksız fiil sorumluluğunu da içine alan çeşitli bölümler halinde tasnife tabi tutulmuştur.

¹ Orhan Hançerlioğlu, ‘sorumluluk’ maddesi, *Felsefe Sözlüğü*, (7. Bsk.) Remzi Kitabevi, İstanbul 1989, s.379.

² Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, C.II, s.929

³ Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk, Genel Prensipler- Kişinin Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1979, s.13.

⁴ Gözler, Age., II, s.931vd.

1.1.1.2. Cezai Sorumluluk

Cezai sorumluluk, ‘kaynağını ceza hukukundan alan sorumluluk’ anlamına gelmektedir. Kişilerin suç işlemesi cezai sorumluluğa yol açar⁵. Cezai sorumluluğun yaptırımı kendisini adli yargı mahkemelerince verilen hapis ve para cezaları ile güvenlik tedbirleri olarak gösterir. Cezai sorumluluk kişisel bir sorumluluk olup bu itibarla yalnız gerçek kişilerin cezai sorumluluğu mümkündür. Tüzel kişilerin ve bu bakımdan bir kamu tüzel kişisi olan idarenin cezai sorumluluğunun doğması mümkün değildir⁶. Kamu görevlileri görevleri ile ilgili olarak veya görevlerini yerine getirdikleri esnada suç işledikleri takdirde onların suç teşkil eden eylemlerinden idare değil eylemi yapan kamu görevlisi bizzat cezai olarak sorumludur⁷.

1.1.1.3. Siyasi Sorumluluk

Siyasi sorumluluk siyasi iktidara sahip olanların yani siyasi yöneticilerin ‘egemen’e yani halka karşı sorumluluğudur⁸. Bu durum demokratik sistemler için geçerlidir. Demokrasilerde halk, egemenliğini parlamento aracılığıyla kullandığından siyasi iktidarın yani hükümetin parlamentoya karşı sorumluluğuna siyasi sorumluluk denilmektedir⁹.

Siyasi sorumluluğun yaptırımı kendisini ‘güvensizlik oyu’ ile ‘görevden alma’ şeklinde gösterir. Türkiye’deki idari teşkilat yapısında yalnızca merkezi idarede görev alan başbakan ve bakanların siyasi sorumluluğu vardır. Parlamento yani Türkiye Büyük Millet Meclisi güvensizlik oyu vererek bakanlar kurulunun tamamını ya da bir bakanı görevden alabilir. Bununla beraber başbakan ve bakanların altındaki idari makam ve mercileri temsil eden kişilerin siyasi sorumluluğu yoktur. Örneğin bir müsteşar veya genel müdür güvensizlik oyu ile görevinden alınmaz¹⁰. Ancak bunlar başbakana veya ilgili bakana hiyerarşik olarak bağlı olduklarından ve bunların kusurlarından dolayı başbakan veya bakanlar güvensizlik oyu ile görevden alınabileceğinden, idarenin faaliyetleri dolaylı olarak

⁵ Gözler, Age., II, s.930.

⁶ Gözler, Age., II, s.931.

⁷ Gözler, Age., II, s.931

⁸ Gözler, Age., II, s.930.

⁹ Ramazan Çağlayan, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, Asil Yayın, Ankara 2007, s.9.

¹⁰ Gözler, Age., II, s.930.

siyasi sorumluluğa konu olabilecektir. Merkezi idare dışındaki yerel yönetimlerin ve kamu kurumlarının ise hiçbir şekilde siyasi sorumluluğu söz konusu değildir¹¹.

1.2. HUKUKİ (MALİ) SORUMLULUK TÜRLERİ

1.2.1. Genel Olarak

Hukuki sorumluluk türlerinin ‘medeni sorumluluk’ yani özel hukuk sorumluluğu ile ‘idari sorumluluk’ yani idarenin mali sorumluluğu şeklinde iki ana başlığa ayrıldığına değinmiştik¹². İdarenin hukuki (mali) sorumluluğuna daha sonra ayrıntılı olarak yer verileceğinden burada yalnızca medeni sorumluluğa kısaca değinilecektir.

1.2.2. Medeni Sorumluluk

Medeni sorumluluk özel hukuk alanında kişilerin sorumluluğu anlamına gelmektedir. Daha geniş bir tanımla; bu sorumluluk türü bir kişinin diğer bir kişiye özel hukuk alanında verdiği zarardan bir borç ilişkisi doğmasını ifade eder¹³. Bu borç sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi sözleşme dışı sebepten de kaynaklanabilir. Borç ilişkisinde normal olan borçlunun borcun konusu olan edimi rızasıyla ifa etmesidir. Ancak borçlunun rızasıyla ifada bulunmaması durumunda bu edim devlet zoruyla ifa edilecektir. İşte, özel hukukta rızasıyla borucunu ifa etmeyen borçlunun ediminin devlet organları aracılığıyla zorla ifa ettirilmesi borcun müeyyidesini ve özel hukuk sorumluluğunu ifade eder¹⁴.

Özel hukuk alanında sorumluluk türleri, genel olarak sorumluluğun dayandırıldığı esaslara ve bu esaslardan da “kusur” esasına göre sınıflandırılmıştır. Çalışmamızın temellerine ilişkin olması bakımından konunun daha iyi anlaşılabilmesi için aşağıda özel hukuk alanında hangi hallerde kusura dayanan, hangi hallerde kusur aranmayan haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olduğu açıklanacak, çalışmanın çerçevesi dışında kalan akdi sorumluluk konusuna ise değinilmeyecektir.

¹¹ Gözler, Age., II, s.930.

¹² Bkz., s.3.

¹³ Gözler, Age., II, s.932.

¹⁴ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (6. Bsk.) Beta Yayınevi, İstanbul 1998, I, s. 80.

1.2.3. Kusura Dayanan Sorumluluk (haksız fiil sorumluluğu)

Borçlar Kanunumuzun 41. maddesinde haksız fiil sorumluluğu kural olarak failin kusurlu olmasına bağlı tutulmuştur. Buradaki kusur, kast veya ihmâl neticesinde hukuka aykırı bir sonucun ortaya çıkmasına sebebiyet vermek olarak tanımlanabilir¹⁵. Kusura dayanan sorumluluk nedeniyle oluşan zararın özel hukuk alanında tazmini, tazminat davası açmak yoluyla gerçekleştirilebilir. İleride ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere idarenin personeline rücu etmesine temel teşkil eden durum ise bir vatandaşın, idari bir eylem veya işlemin hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde ifa edilmesi nedeniyle zarar görmesi ve vatandaşın bu zararını yargı yoluyla tazmin etmesi sonrasında devletin, ödediği bu tazminatı belirli hallerde kamu görevlisinden talep etmesidir. Genel olarak hizmet kusuru olarak adlandırılan idari bir eylem veya işlemin hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde ifa edilmesi de özünde bir haksız fiil olduğundan işte bu rücu ilişkisine temel teşkil eden sorumluluk da kusura dayalı bir sorumluluktur.

Kusura dayanan sorumluluğun gerçekleşebilmesi için bazı unsurların varlığı gerekmektedir. Bu unsurlar sırasıyla; hukuka aykırı bir davranışın bulunması, bu hukuka aykırı davranışta failin kusurlu olması, bu şekildeki bir eylem sonrası zararın meydana gelmesi ve son olarak haksız fiil ile bu fiile bağlanan zarar arasında illiyet bağının yani sebep sonuç ilişkisinin bulunmasıdır¹⁶.

1.2.4. Kusura Dayanmayan Sorumluluk (sebeplilik sorumluluğu)

Sebeplilik sorumluluğu da denilen bu sorumluluk türünde zararı doğuran, kural olarak zarar verenin fiili değil, aksine fiil dışındaki olgulardır. Bu sorumluluk türünde hukukun koruma alanına giren hukuki varlığı ihlal eden her olay, örneğin motorlu aracın işletilmesinde tipik bir tehlikenin gerçekleşmesi, bina ve diğer yapı eserinde yapı noksanlığı, bakım eksikliği gibi olaylar nedeniyle bina sahibinin herhangi bir eylemi dışında, örneğin bir deprem sonucunda zararın gerçekleşmesi gibi olaylar hukuka aykırı olaylar olarak kabul edilir. Zararı meydana getiren olayda herhangi bir kusuru bulunmayan kişi sorumlu tutulabilir. Bu itibarla sebeplilik

¹⁵ M. Kemal Oğuzman, - M. Turgut, Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (3. bsk) Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s.510.

¹⁶ S. Sulhi Tekinay, - Sermet, Akman, - Haluk, Burcuoğlu, - Atilla, Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, (7. Bsk) Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.475; Oğuzman - Öz, Age., s.476.

sorumluluğunda kusur, sorumluluk unsuru olmamakla birlikte, hukuka aykırılık sorumluluk unsurudur¹⁷. Kusur sorumluluğunun şartları olan diğer iki unsur, yani zararın ve illiyet bağının mevcut olması şartı kusursuz sorumluluk için de geçerlidir.

Özel hukukta kusursuz sorumluluk halleri genel olarak şu başlıklar altında ele alınmıştır; hayvan sahibinin sorumluluğu, istihdam edenin sorumluluğu, motorlu araç işleteninin sorumluluğu, velinin sorumluluğu, taşınmaz malikinin sorumluluğu, tüzel kişilerin, organlarının haksız fiillerinden sorumluluğu, bina sahibinin sorumluluğu, Tapu, ticaret ve gemi sicillerinin tutulmasından doğan Devletin sorumluluğu, kıymetli evraklarda hazinenin sorumluluğu, vasi ve vesayet daireleri tarafından ödenmeyen zararlardan Devletin sorumluluğu ile icra ve iflas memurlarının zararlarından doğan Devletin sorumluluğu¹⁸. Burada dikkat çekilmesi gereken nokta, bu sorumluluk türlerinin ortak noktasının, zarardan doğrudan zarar veren veya kusurlu olanın değil, hukuka aykırılığın meydana gelmesine dolaylı olarak sebep olanın sorumlu tutulmuş olduğudur.

1.3. İDARENİN HUKUKİ (MALİ) SORUMLULUĞU

1.3.1. Genel Olarak

Kısaca “herkes neden olduğu zararları gidermek zorundadır” şeklinde belirtilebilecek olan genel sorumluluk ilkesi, İdare Hukuku alanında Medeni Hukuka nazaran daha büyük bir önem taşımakta ve sanılanın aksine çok daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin tutum, davranış ve işleyişi ile bireylere ve topluluklara verdiği zararların karşılanması gereği, bugün artık hiçbir uygar ülkede tartışma konusu değildir¹⁹.

İdarenin, sorumlu tutulduğu zararı rücu yoluyla personelinden tazmin etmesi konusuna geçmeden önce konunun temeli olan idarenin hukuki sorumluluğunu ve bu sorumluluğun türlerini ele almak gerekmektedir.

1982 Anayasası, Devlet ve kamu idarelerinin çalıştırdıkları memur ve diğer kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken üçüncü kişilere haksız bir işlem ve eylemle vermiş oldukları zarardan doğan sorumluluğu, 125’inci maddesinin son

¹⁷ Eren, Age., I, s.595.

¹⁸ Oğuzman / Öz, Age., s.568 vd.

¹⁹ İl Han Özay, *Günüşünde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.811.

fıkrasındaki “*idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” hükmü ve 129/5. maddesindeki “*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.*” hükmüyle açık bir şekilde düzenlemiştir. Anayasa, bu düzenlemelerle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13 üncü maddesine rağmen uygulamada görülen tereddütleri kesin olarak gidermek amacıyla “*idari güvence*” ilkesini getirmiştir²⁰. İdari güvence ilkesi, memur ve diğer kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken ya da yetkilerini kullanırken kusurlu ve hukuka aykırı eylem ve işlemleriyle üçüncü kişilere vermiş oldukları zararlardan doğan tazminat davalarının kendi aleyhlerine değil, doğrudan doğruya devlet veya emrinde çalıştıkları kamu idaresi aleyhine açılmasını ifade eder. Çalışmanın ileriki safhasında detaylı şekilde ele alınacağı üzere Devlet veya kamu idaresi, üçüncü kişinin uğramış olduğu zararı tazmin ettikten sonra, eğer şartları gerçekleşmişse, ilgili memur veya kamu görevlisine rücu eder²¹.

İdarenin hukuki sorumluluğu iki ana başlık altında ele alınması gereken bir konudur. Bu iki ana başlık; “İdarenin Özel Hukuk Sorumluluğu” ve “İdarenin Kamu Hukuku Sorumluluğu” ayrımı şeklinde karşımıza çıkar²². İdarenin kamu hukuku alanında faaliyetleri bulunduğu gibi özel hukuk alanında da çeşitli faaliyetleri bulunmaktadır. Bu bakımdan “İdarenin sorumluluğu” kavramı, “idari sorumluluk” kavramını da içine alan ve fakat bundan daha geniş olarak idarenin özel hukuk sorumluluğunu da kapsayan bir kavramdır. Her iki sorumluluğun amacı aynı olmasına, yani idarenin başkalarına verdiği zararın tazmini olmasına rağmen bu iki tür sorumluluğun bağlı oldukları hukuk rejimleri ve tabi oldukları yargı düzenleri farklıdır. Zira idarenin özel hukuk sorumluluğuna, özel hukuk (medeni hukuk) hükümleri uygulanmakta ve bu alandaki yargılama görevi adliye mahkemelerine ait olmakta iken, idarenin idari sorumluluğuna idare hukuku hükümleri uygulanmakta ve bu alandaki yargılama görevi idare mahkemelerine ait olmaktadır²³.

²⁰ Metin Günay, *İdare Hukuku*, (6. Bsk) İmaj Yayınevi, Ankara 2002, s.546.

²¹ Eren, Age., s.618; A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s.207.

²² Gözler, Age., II, .942.

²³ Çağlayan, Age., s.114.

Bu ayırım Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında şu şekilde açıklanmış ve içerdiği kapsamlı tanımlama dolayısıyla kararın bir bölümü buraya alıntılanmıştır; *"Gerçekten, idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı zarar gören kişiler tarafından açılacak 'tam yargı' davaları, idari yargı yerinde görülür ve çözümlenir. İdari eylem, kamu idare ve kurumlarının kamu görevine ilişkin, idare hukuku kural ve gereklerine göre yaptığı olumlu veya olumsuz davranışlarından ibarettir. İdari işlem ise, idari kanunlara dayanılarak yapılan muamelelere denilmektedir. İdarenin eylem ve işlemleri onun kamu hukuku alanındaki kamu gücünü (kamu otoritesini) kullanarak, idare hukuku kural ve gerekleri uyarınca yaptığı faaliyetlerin hukuki ve maddi hayattaki görünümüdür. Kamu tüzel kişilerinin kamu hizmetlerine ilişkin olmakla beraber özel hukuk kuralları altında, özel hukuk tüzel kişisi gibi yaptığı eylem ve işlemleri, özel hukuk alanına ilişkin olduğundan bunlar idari eylem ve işlem olarak nitelendirilemez. Kamu idare ve kurumlarının kamu otoritesinin(egemenlik hakkının) bir temsilcisi olarak yaptığı faaliyetlerinde veya ondan sadır olan eylemlerinde hizmet unsuru söz konusu olduğu halde, kamu tüzel kişilerinin özel hukuk tüzel kişisi olarak yürüttüğü hizmetlere ilişkin faaliyetleri sırasında meydana gelen zararlardan ötürü, ilgili kamu tüzel kişisinin sorumluluğu özel hukuk hükümleri ve ilkeleri uyarınca belirlenmelidir."*²⁴.

1.3.2. Kamu Görevlisi ve Memur Kavramları

İdarenin hukuki sorumluluğu konusunun gerektiği gibi anlaşılabilmesi için öncelikle, idarenin sorumluluğunun doğmasına neden olan ve idarenin insan unsurunu teşkil eden kamu görevlisi ve memur kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

Memur ve kamu görevlisi kavramları, üzerinde genel ve ortak bir tanıma ulaşılamamış kavramlardır. Mevzuatta değişik yasal düzenlemelerde ayrı ayrı memur ve kamu görevlisi tanımları yapıldığı gibi doktrinde de çok çeşitli tanımlar yapılmıştır²⁵.

²⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, "03.10.2007 Tarih, E. 2007/4-597ve K. 2007/694 sayılı karar"

²⁵ Ali Taşkın, *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s.25; Gözübüyük, Age., s.163-164.

Kamu çalışanları için kullanılan genel bir kavram olan ‘kamu görevlileri’ kavramı en geniş tanımıyla, kamu hizmeti gören ve kamu kesiminde genel idare esaslarına göre, idare hukuku kuralları veya kendi özel hukuki rejimleri uyarınca çalışan herkesi ifade eder. Bu tanım devlet memurlarını da kapsamaktadır ancak tüm kamu görevlileri memur değildir. Memurların dışında kalan diğer kamu görevlileri kapsamına, üniversite öğretim üyeleri, hakim ve savcılar, askerler gibi ayrı hukuki personel rejimine tabi olan kamu görevlilerinin girdiği söylenebilir²⁶.

Anayasanın 128. maddesinde: ‘Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür’ denilmek suretiyle, anayasal açıdan kamu görevlisi ve memur kavramlarının, kamu hizmeti gören kamu kurum ve kuruluşlarında genel idare esaslarına göre asli ve sürekli görevleri yerine getirenler olarak tanımlandığı görülmektedir²⁷.

Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinde kamu görevlileri; memurlar, sözleşmeliler, geçici görevliler ve işçiler olarak kümelendirilmiş, kamu görevlileri kavramı ‘bu kanuna tabi’ kamu kurumlarında çalışanlar bakımından bu şekilde sınıflandırılmış ve sınırlandırmıştır. Aynı maddede memur kavramı da, ‘mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler bu kanunun uygulamasında memur sayılır’ ve ‘yukarıdaki tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılır’ denilmek suretiyle tanımlanmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 6. maddesinde ise, ceza kanunlarının uygulanması bakımından kamu görevlisi, ‘kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi’ şeklinde oldukça kapsayıcı bir şekilde tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi

²⁶ Gözübüyük, Age., s.160; E. Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.671.

²⁷ Taşkın, Age., ss.27-28.

burada aranan yegane ölçüt, devlet tarafından görevlendirilmiş olan kişinin gördüğü işin kamusal faaliyet yani kamu hizmeti olmasıdır²⁸.

1.4. İDARENİN ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞU

Yukarıda da açıklandığı gibi idarenin özel hukuk sorumluluğu, idarenin özel hukuka tabi olan ve uyuşmazlıkları adli yargıda çözümlenen mali sorumluluğudur. Yani bu sorumluluk türünde idarenin kişilere verdiği zararlar özel hukuk hükümlerine göre tazmin edilir. İdarenin aşağıda maddeler halinde kısaca açıklanacak olan faaliyetleri özel hukuka tabidir²⁹.

1.4.1. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmelerinden Doğan Sorumluluğu

Genel anlamda, sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkisinden doğan sorumluluk, B.K.'nin 96. ve devamı maddelerinde yer bulan tanımıyla; hukuksal işlemlerden (sözleşmelerden) doğan borç ilişkilerinin yüklediği davranışa (borca) aykırılık, yani borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemiş olması durumunda, borca aykırı davranan borçlunun verdiği zararı gidermekle yükümlü olmasını ifade eder³⁰. Burada bahsedilen sözleşme, tarafların eşitlik içinde, bağımsız olarak irade beyanı ile hak ve yükümlülüklerini belirlemeleridir. İdare bu tür sözleşmelerde taraf olduğunda idarenin özel hukuk sözleşmesi söz konusu olacak, buna ilişkin uyuşmazlıklarda bir özel hukuk sorumluluğu doğacak ve adli yargıda görülecektir.

1.4.2. Sınai ve İdari Kamu Hizmetlerinden Doğan Zararlardan Sorumluluk

Hukukumuzda, sınai ve ticari kamu hizmetlerinden doğan zararların, idarenin 'idari sorumluluğuna' mı, yoksa 'özel hukuk sorumluluğuna' mı yol açacağı tartışmalıdır. Doktrinde genel olarak bu tür faaliyetlerin karma olduğu ve bazılarının kamu hukukuna, bazılarının ise özel hukuka tabi olduğu kabul edilmektedir³¹. Bunun yanında bu hizmetlerden özellikle KİT'lerin yürüttüğü kamu hizmetlerinden

²⁸ Taşkın, Age., s.29.

²⁹ Gözler, Age., II, 942.

³⁰ Mustafa Reşit Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, Ankara 1981, s.59.

³¹ A. Şeref, Gözübüyük - Turgut Tan, *İdare Hukuku*, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, II, s.160.

doğan zararların tamamıyla idarenin özel hukuk sorumluluğuna yol açacağını savunanlar da vardır³². Yüksek yargının bu konudaki kararları da zaman zaman çelişki arz etmektedir. Sınai ve idari kamu hizmetlerinden doğan zararlardan sorumluluk, adından da anlaşılacağı üzere kamu hizmetinden, dolayısıyla da bu kamu hizmetinin verilisindeki kusurdan kaynaklanan bir zarardır. Yani kısaca hizmet kusurundan kaynaklanan bir zarar ve bu nedenle oluşan idarenin sorumluluğu söz konusudur.

1.4.3. İdarenin Özel Mallarının İşletilmesinden Kaynaklanan Zararlar

İdarenin özel malları yani herhangi bir kamu hizmetine tahsis edilmemiş olan ve kamunun ortak yararlanması söz konusu olmayan, kamu malları dışında kalan malları olarak tanımlanan bu mallar özel hukuk hükümlerine tabidir ve bu mallardan doğan sorumluluk özel hukuk sorumluluğudur³³.

1.4.4. Fiili Yol ve Usulsüz El Koymadan Doğan Zararlardan Kaynaklanan Sorumluluk

Fiili yol, idarenin herhangi bir idari işlem yapmadan ve tamamen hukuka aykırı bir şekilde özel şahısların mülkiyet haklarını ihlal etmesidir. Usulsüz el koyma ise idarenin herhangi bir karar olmaksızın bir taşınmazı geçici olarak işgal etmesidir³⁴. İdarenin bu her iki eyleminden kaynaklanan zararlar özel hukuk hükümlerine tabidir ve adi yargıda görülürler.

1.4.5. Kanunla Özel Hukuka Tabi Kılınmış Zararlar

İdarenin motorlu taşıtlarının yaptığı kazalardan, nüfus sicili ile tapu sicilinin tutulmasından, icra iflas görevlilerinin kusurlarından doğan sorumluluğu gibi idarenin bazı eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararlardan sorumluluğu, kanunla özel hukuka tabi kılınmış ve adli yargının görevine bırakılmıştır³⁵.

³² Gözler, Age., II, ss.944-947.

³³ Atay, Age., s.605.

³⁴ Gözler, Age., II, 948.

³⁵ Gözübüyük - Tan, Age., II,187 vd.

1.4.6. Kamu Görevlilerinin Kişisel Kusurlarından Kaynaklanan Zararlar

Aslında kamu görevlisinin kişisel kusurundan kaynaklanan bir zarar olması durumunda idarenin özel hukuktan doğan sorumluluğu değil kamu görevlisinin şahsi sorumluluğu söz konusudur. Ancak idare ile bağlantılı bir zarardan doğan ve özel hukuk hükümlerine tabi olan bir sorumluluk türü olduğu için burada, kamu görevlisinin kişisel kusurundan kaynaklanan zarar nedeniyle doğan sorumluluk türüne de değinilmesi gerekli görülmüştür. Daha önce değinildiği gibi kamu görevlilerinin kişisel kusurlu davranışları ile verdikleri zararlardan dolayı açılacak davalar kural olarak ‘güvence ilkesi’ ilkesi gereği idare aleyhine ve idari yargıda açılabilmektedir. Ancak bu kuralın istisnalarının olduğu doktrinde ve yüksek yargı içtihatlarında kabul görmektedir. Örneğin İdari Yargılama Usulü Kanununun 28/4. maddesindeki düzenleme gereğince, yargı kararlarını uygulamayan kamu görevlisi aleyhine adli yargıda tazminat davası açılabilecektir³⁶. Kamu görevlisinin bu şekilde şahsi sorumluluğunun bulunduğu haller ileride hizmet kusuru, kişisel kusur ve görev kusuru ayrımı açıklanırken daha geniş olarak ele alınacaktır. Ancak kısaca değinmek gerekirse; kusurun idareye değil doğrudan doğruya kamu görevlisinin şahsına atfolunabildiği, görevden açıkça ve kolayca ayrılabilen eylemleri ifade eden kamu görevlisinin salt kişisel kusurunun bulunduğu durumlarda, doğrudan kamu görevlisi aleyhine adli yargıda tazminat davası açılabilecektir. Bu hususu açıkça ifade eden bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı şu şekildedir; “Devlet Hastanesinde görevli ve memur olan davalı doktorun hastası olan davacıya zamanında ve gerekli tedaviyi yapmayarak bir kolunun omuzdan kesilmesine neden olduğu ve doktorun bu eyleminin görevinden ayrılabilir salt kişisel kusura dayandığı iddiası ile eldeki davanın açıldığı, yine doktorun bu eylemi nedeniyle gazetede çıkan ve istediği çıkarın karşılanmayınca önce hastayla ilgilenmediği sonra isteği karşılanınca ilgilendiği ancak müdahalede geç kaldığı yönündeki bir köşe yazısı üzerine Sakarya Valiliğinin 21.07.1994 tarihli yazıları ile bu konuda başka duyumlar da bulunduğu gerekçesiyle Sağlık Bakanlığından müfettiş görevlendirilmesinin talep edildiği, müfettişlerce yapılan inceleme sonucunda ‘diğer iddiaların kanıtlanamadığı, ancak açık kırıklarda ilk 6-8 saat içinde ameliyathane ortamında debridman gerekli

³⁶ Günday, Age., s.329, s.547.; “Yargıtay 4.H.D., 27.02.1986 Tarih, E. 1986/126 ve K. 1986/1841 sayılı karar”

olduğu, bunda gecikildiği ve uygulanan antibiyotik tedavisinin de yetersiz kaldığı, doktor hakkında TCK.nun 459 maddesi ile yargılanmak üzere ceza davası açılması gerektiği' görüşüyle fezleke hazırlanıp, verilen 24.11.1994 gün ve 1994/52 sayılı lüzumu muhakeme kararı üzerine de Sakarya Asliye 1. Ceza Mahkemesinin 06.05.1997 gün ve 1995/37 E. 1997/314 K. Sayılı kararıyla Türk Ceza Kanununun 459 maddesi gereğince cezalandırıldığı, bu kararın denetimden geçerek onandığı dosya kapsamı ile bellidir. Ceza mahkemesi kararının dayanağı Yüksek Sağlık Şurasının davalı doktor hakkındaki 18-19 Eylül 1996 tarihli 191/9434 sayılı kararın depritmanında gecikilmekle birlikte antibiyotik tedavisinde de geç kalındığı, bu nedenle 2/8 kusurlu olduğu yönündeki karardır. Unutulmamalıdır ki davacı ceza davasına müdahil olarak katılmış ve orada şahsi hak talebinde bulunabilecekken ceza yargılamasının devamı sırasında eldeki davayı açmıştır. Bu olgular karşısında davalı doktorun salt idari bir görevin yerine getirilmesi sırasında zarara yol açmayıp, idari görevi cümlesinden olmakla birlikte hekimlik sanatının icrası sırasında hakkında verilip kesinleşen mahkumiyet kararıyla da belirlenen ve görevinden ayrılabilen salt kişisel kusuru ile davacı zararına yol açtığına duraksama bulunmamaktadır....Benzer nitelikteki bir çok davada olduğu gibi Hukuk Genel Kurulu'nun 15.11.2000 gün ve 2000/4-1650-2000/1690 sayılı kararında da aynı ilke benimsenmiş, hatta husumet ehliyetinin varlığı yanında salt kişisel kusura dayanılarak dava açılmış olması dahi adli yargı yerinin görevli kabul edilmesi için yeterli bulunmuştur. Tüm bu açıklamalar ışığında mahkemece davalı doktorun eyleminin görevinden ayrılabilir bir eylem olmadığı, bu nedenle hakkında dava açılmayacağı, husumet ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle verilen direnme kararı usul ve yasaya aykırı olup, bozulması gerekmiştir.”³⁷.

1.5. İDARENİN İDARİ SORUMLULUĞU

1.5.1. Genel olarak

Bu bölümde idarenin, yönetme ve işlevsel olarak ‘idare etme’ olarak isimlendirilen³⁸; kişilerin ihtiyaçlarının belirlenmesi ve giderilmesi ile kişilerin her türlü değerlerinin korunmasına yönelik sürekli yapılması gereken ve genel olarak

³⁷ YARGITAY HGK., “26.09.2001 Tarih, E. 2001/4-595 ve K. 2001/643 Sayılı Karar”

³⁸ İsmet Giritli, – Pertev Bilgen, - Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2001, s.3.

kamu hizmeti şeklinde adlandırılan faaliyetlerini gereği gibi yapmaması nedeniyle oluşan idarenin idari sorumluluğu incelenecektir. İdarenin sorumluluğunu doğuran sebeplere geçmeden önce konuya temel teşkil eden kamu hizmeti kavramına değinilecek, ardından idarenin sorumluluğunu doğuran sebepler olarak kusura dayalı olan ve kusura dayanmayan idari sorumluluk ayırımı ele alınacak, ardından bu çalışmanın konusu olan idarenin personeline rücu etmesine temel teşkil eden, -idarenin kusura dayalı sorumluluğuna ilişkin kavramlar olarak- hizmet kusuru, kişisel kusur ve görev kusuru tanımları tartışılacak, son olarak, idarenin idare hukuku esaslarına tabi olan mali sorumluluğunda, zarara yol açan idarenin işlem ve eylemlerinden doğan sorumluluğunun yaptırımının ne şekilde ortaya çıktığına değinilecektir.

1.5.2. Kamu Hizmeti

Kamu hizmetinin çeşitli kriterlere göre birçok tanımı olmasına rağmen en basit ve öz olarak; siyasal organlar tarafından ‘kamuya yararlı’ olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen, ifası sırasında kamu gücünden kaynaklanan üstünlük ve ayrıcalıklar kullanılan, kişilerin ihtiyaçlarının belirlenmesi ve giderilmesine yönelik sürekli yapılması gereken ve nihayet özel bir hukuki rejim içinde yürütülen faaliyetler olduğunu söyleyebiliriz³⁹. Bu tanımda kamu hizmeti olgusu siyasal organların iradesine bağlı tutulduğundan kanun koyucunun iradesine bakmak gerekir; kanunda bir faaliyetin kamu hizmeti olduğu açıkça belirtilmiş ise sorun yoktur, ancak mevzuatta böyle bir açıklık yoksa kanun koyucunun iradesini belirlemek için bazı ölçütlere bakmak gerekir. Örneğin bir faaliyetin yürütülmesi için kamulaştırma, ceza kesme veya tekel kurma gibi üstün yetki ve özel usullerin bulunması veya bu faaliyetin yürütülmesine ilişkin yapılacak sözleşmelerde özel hukuku aşan kayıt ve şartların bulunması durumunda söz konusu faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul edebiliriz. Ayrıca kamu yararına olan bir faaliyetin devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi hali de kanunla düzenlenmemiş olsa da başlı başına o faaliyetin kamu hizmeti olmasının kriteri olarak kabul edilebilir.

³⁹ Günday, Age., s.285; Atay, Age., s.480.

Anayasa Mahkemesi de, yukarıdaki tanımla yaklaşık olarak aynı hususlara işaret eden şu tanımı benimsemiştir: “*Kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.*”⁴⁰

1.5.3. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

Kusursuz sorumluluk, bir olayda ‘idari kusur’ bulunmasa dahi bazı hal ve koşullarda idarenin verdiği zararı veya ortaya çıkan zararı ödemekle yükümlü sayılması olarak tanımlanabileceği gibi, idareye ve ajanına yüklenmesi mümkün olmayan bir sebepten dolayı, kişilerin zarara uğraması halinde idarenin bu zararı ödemekle yükümlü tutulması olarak da nitelendirilebilir. İdarenin kusursuz sorumluluğu doktrinde ve yargı içtihatlarında genel olarak; risk veya tehlike ilkesi (sosyal risk, mesleki risk, idarenin tehlikeli faaliyetleri ve araçlarının verdiği zarar vs.), ile kamu külfetleri karşısında eşitlik veya fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine dayandırılarak açıklanmaktadır⁴¹. İleride açıklanacağı üzere idarenin, sonrasında rücu hakkı doğuran sorumluluğu hizmet kusurundan ve kamu görevlisinin görevle bağlantılı kişisel kusurundan kaynaklanan zararlardan doğar. Hizmet kusuru zaten doğrudan idarenin kusurunu ifade etmekte, kişisel kusur (görev kusuru) bulunması durumunda da kusur idareye isnad edildiğinden, rücu konusunu oluşturan sorumluluk türü idarenin kusura dayanan sorumluluğu olmaktadır. Bu nedenle çalışmanın konusunu doğrudan ilgilendirmediğinden, oldukça geniş kapsamlı olan idarenin kusursuz sorumluluğu konusuna bu çalışmada daha fazla yer verilmeyecektir.

1.5.4. İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu

Kusurlu sorumluluk, idarenin kusurlu eylem ve işlemleriyle yol açtığı zararı tazmin etmesi yükümlülüğünü ifade eder. Yani bu durumda sorumluluğun doğabilmesi için idarenin davranışının kusurlu olması gerekmektedir⁴². İdarenin kusura dayalı sorumluluğu ‘genel’ niteliktedir. Yani idari sorumluluğun kusurlu

⁴⁰ AYM., “28.06.1995 Tarih, E. 1994/71 ve K. 1995/23 Sayılı Karar”

⁴¹ Gözler, Age., II, s.171 vd.; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, s.144-145; Çağlayan, Age., s. 255 vd.; Günday, Age., s. 330 vd.; Atay, Age., s. 589 vd.

⁴² Tandoğan, Age., s.46.

sorumluluk olması kural, kusursuz sorumluluk olması ise istisnadır. Bu nedenle kusursuz sorumluluk halleri dar yorumlanmalıdır. Bir olayda idarenin sorumlu olduğu anlaşılacakla beraber sorumluluğunun hangi türden olduğu tam olarak belirlenemiyorsa idarenin kusurlu sorumlu olduğu kabul edilmelidir⁴³.

Özel hukuk alanında ‘kusur’, sorumluluğun subjektif şartı olarak kabul edilmekte ve “hukuka aykırı bir fiil işleyen kimsenin hukuk düzenince beğenilmeyen bir zihin ve ruh hali içinde bulunması”⁴⁴ şeklinde tarif edilmektedir. İşte bu şekilde tanımlanan özel hukuktaki kusurun idare hukuku alanındaki yansıması karşımıza ‘hizmet kusuru’ olarak ortaya çıkmaktadır.

İdarenin kusura dayalı sorumluluğu, özü itibarıyla özel hukuktaki “istihdam edenin sorumluluğuna” benzemektedir. Zira kusur esasen gerçek kişiye atfedilebilen bir durumdur. İdare ise tüzel kişilik olduğundan bizzat kusurlu olması söz konusu değildir. Gerçekte kusurlu olan idarenin ajanıdır. Ancak idare bu durumda istihdam ettiği kamu personelinin kusurundan sorumlu tutulmaktadır⁴⁵. Ancak istihdam edenin sorumluluğu ile idarenin sorumluluğunun aynı esaslara dayalı olduğunu söylemek de doğru olmaz, çünkü istihdam edenin sorumluluğu dolaylı bir sorumluluk olmasına rağmen idarenin sorumluluğu asli ve doğrudan sorumluluktur.

İdarenin sorumluluğunun yaptırımını olan tam yargı davası ileride açıklanacaktır. Ancak tam yargı davası açılabilmesi için yani idarenin sorumlu olduğunun kabul edilebilmesi için özel hukukta olduğuna benzer bazı şartların bir arada bulunması gereklidir. Aşağıda, önce bu şartlara daha sonra idarenin kusura dayalı sorumluluğunu etkileyen nedenlere ve son olarak bu sorumluluğu doğuran kusur çeşitlerine maddeler halinde değinilecektir.

1.5.4.1. Zararın Bulunması

Özel hukuk sorumluluğunun da ilk şartı olan ‘herhangi bir biçimde bir zararın doğması ilkesi’ idarenin hukuki sorumluluğunun oluşması için de gereklidir. Yani zararın olmadığı durumlarda idarenin sorumluluğunun da olmadığını

⁴³ Gözler, Age., II, ss.974- 975.

⁴⁴ Tekinay – Akman – Burcuoğlu - Altop, Age., s.492.

⁴⁵ Gözler, Age., II, s.975.

söyleyebiliriz⁴⁶. Zarar maddi ve manevi zarar şeklinde iki biçimde olabilir. Maddi zarar, kişinin mal varlığında, isteği dışında meydana getirilen ve para ile ölçülebilen eksilmeden kaynaklanan zarardır. Manevi zarar ise mal varlığı dışındaki hukuksal değerlere yapılan saldırılardan ötürü meydana gelen ve çekilen ıstırapı dindirmeye yönelik belirlenen zararı ifade eder⁴⁷.

İdarenin sorumluluğunu doğurduğu kabul edilen zararın belli, gerçek ve gerçekleşmiş bir zarar olması gereklidir. Henüz doğmamış fakat doğması muhtemel olan zarardan idare sorumlu tutulmadığı gibi parayla ölçülemeyen ve hesabı yapılamayan zarardan da idare sorumlu tutulamaz. Zararın gerçekleşmiş olması gerektiği belirtilmesine rağmen bu gerçekleşmenin mutlaka talep anında gerçekleşmiş olması şart değildir. İleriye yönelik olarak doğacağı muhakkak zararların örneğin mahrum kalınan kazancın da tazmini istenebilir⁴⁸.

1.5.4.2. İdarenin Eylem veya İşleminin Bulunması

İdarenin sorumlu olması için zararı doğuran işlem veya eylemin idareye ait olması gerekir. İdarenin bu eylem veya işlemleri icrai yani etkinlik şeklinde olabileceği gibi ihmali yani hareketsizlik şeklinde de olabilir. Hukuka aykırı icrai eylem veya işlem, idarenin personelinin bilerek, isteyerek yani kasten zarara sebep olması durumunu, ihmali eylem ise hareketsiz kalınması veya hal ve vaziyetin icap ettirdiği dikkat ve özenin gösterilmemesi nedeniyle zarar ortaya çıkması durumunu ifade eder⁴⁹.

1.5.4.3. Nedensellik Bağı (İllyet Rabıtası) Bulunması

İdarenin sorumlu tutulabilmesi için zarar ile idarenin eylem veya işlemi arasında bir nedensellik bağının yani sebep- sonuç ilişkisinin bulunması gereklidir⁵⁰. İllyet bağının hiç bulunmadığı veya kesildiği durumlarda idarenin sorumluluğu ortadan kalkar. Bu nedenle illiyet bağı sorumluluğun ve tazminat hukukunun asli ve

⁴⁶ ATAY, Age., s.565.

⁴⁷ Karahasan, Age., s.76, s.82; Tekinay – Akman – Burcuoğlu - Altop, Age., ss.655-656.

⁴⁸ Günday, Age., s.335; Atay, Age., s.568;

⁴⁹ Çağlayan, Age., s.136.

⁵⁰ Gözübüyük, Age., s.300.

en temel koşuludur⁵¹. Örnek olması bakımından bazı yüksek mahkeme içtihatlarına kısaca değinmek gerekirse; Danıştay'ın bir kararında, bir şahsın otomobilinin evinin önünden çalınması ve bu nedenle güvenlik güçleri ile hırsız arasında çıkan çatışmada aracın hasara uğraması olayında, hırsızlık suçu niteliğindeki hırsızın eyleminin, idarenin eylemi ile zarar arasındaki illiyet bağıını ortadan kaldırdığına, idarenin kusurlu ve sorumlu olmadığına karar verilmiştir⁵². Yine başka bir Danıştay kararında, hemzemin geçitte tren ile kamyonun çarpışması ve bir tren görevlisinin öldüğü olayda kazanın tamamen kamyon sürücüsünün kusurundan kaynaklandığı, idarenin kusurunun ve sorumluluğunun bulunmadığına hükmedilmiştir⁵³. Nedensellik bağıının tamamen kopmadığı ancak azaldığı durumlarda örneğin üçüncü bir kişinin kusurlu bir davranışı ile idarenin hizmet kusuru birleşmiş ise belirlenecek kusur oranına göre idare sorumlu tutulabilecektir⁵⁴. Yargılama konusu olan somut olaylarda nedensellik bağıının bulunup bulunmadığının tespiti çoğunlukla kolay olmamakta, teknik uzmanlık bilgisine başvurulması sonucunda tespit edilebilmektedir⁵⁵.

1.5.5. İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğunu Etkileyen Nedenler

Bu tür durumlara örnek olarak öğretilde genel olarak; mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışı sayılmaktadır. Mücbir sebep; idarenin iradesi ve faaliyeti dışında oluşan karşı konulamayan ve öngörülemeyen, öngörülse, dikkat ve özen gösterilse dahi engellenmesi mümkün olmayan olaylar olarak tarif edilmektedir⁵⁶. Genellikle doğa olayları şeklinde gerçekleşen mücbir sebep hallerine örnek olarak; deprem, sel, heyelan, fırtına, çığ düşmesi vb. olaylar sayılabilir. Bu tür sebepler öngörülemeyecek şekilde gerçekleşmiş ve tüm tedbirler alınsa da zarar meydana gelmesi muhakkak ise meydana gelen zarardan idare sorumlu tutulamayacaktır⁵⁷. İdarenin sorumluluğunu etkileyen diğer nedenlerin ise burada ayrı birer başlık olarak ele alınmasına gerek

⁵¹ Çağlayan, Age., s.179.

⁵² DANIŞTAY 10.D., "22.04.1992 Tarih, E. 1990/3968 ve K. 1992/1573 Sayılı Karar"

⁵³ DANIŞTAY 10.D., "13.11.1995 Tarih, E. 1994/4934 ve K. 1995/5487 Sayılı Karar"

⁵⁴ Çağlayan, Age., s.210-211.

⁵⁵ Günday, Age., s.335.

⁵⁶ Günday, Age., s.336.

⁵⁷ Gözübüyük, Age., s.235.

olmayıp, bunlar özetle idarenin eylemi ile zarar arasında illiyet bağının bulunmadığı haller olarak bilinmelidir.

1.5.6. Hizmet Kusuru

Hizmet kusuru kavramı, çalışmanın başında açıklanan genel hukuki sorumluluk türlerinden olan kusura dayalı sorumluluğun idare hukuku alanına yansımaları olarak açıklanabilir. İdari sorumluluğun doğabilmesi için, idarenin davranışının kusurlu olması gerekir. İdarenin işte bu kusura dayanan sorumluluğu kapsamında yer alan kusur olgusu hizmet kusuru olarak ifade edilmektedir⁵⁸. Bu anlamda hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı, hukuka ve toplumca uyulması gerekli kurallara aykırılığı ifade etmektedir. Bir başka deyişle hizmet kusuru; idarenin, kamu hizmetlerinin durumun gerekleri ve ihtiyaca göre en uygun bir biçimde devamlı ve istikrarlı bir tarzda topluma sunulması ve toplumun bu hizmetlerden gereği gibi yararlanmasının sağlanması şeklindeki görevini tamamen veya kısmen, eylem veya işlemleriyle ya da yalnızca hareketsiz kalarak yerine getirmemesi olarak tarif edilebilir.⁵⁹ Bu tanımdan çıkan ve hizmet kusuru teşkil eden halleri üç başlıkta toplamak mümkündür. Bunlar;

- hizmetin kötü işlemesi: hizmetin gereği gibi yapılmamasını netice veren idari işlem ve eylemleri,

- hizmetin geç işlemesi: hizmetin yavaş işlemesi şeklinde kamu hizmetinin niteliğine göre takdir edilecek hizmet kusurunu,

- hizmetin hiç işlememesi: idarenin yerine getirmesi gereken bir kamu hizmeti karşısında hareketsiz kalmasını ifade eder⁶⁰.

İşte bu şekilde herhangi bir hizmet kusuru bulunduğu ve buna dayanılarak idari yargıda dava açıldığında idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Buna ilişkin tanımlama ve açıklamalara yer verilen bir Uyuşmazlık Mahkemesi kararı şu şekildedir; “...*Dava dilekçesinin incelenmesinden; davacı vekilince, hemzemin geçitteki sesli ve ışıklı işaret levhasının arızalı olduğu, trafiğin kontrolünü*

⁵⁸ Gözübüyük - Tan, Age., I, s.679.

⁵⁹ Özyay, Age., s.836.

⁶⁰ Gözübüyük, Age., ss.292-293.

sağlayacak bariyer bulunmadığı ve olayda davalı işletmenin kusur ve sorumluluğunun bulunduğu ileri sürüldüğüne göre, uğranılan zararın tazmini istemine ilişkin davanın; zararın hizmetin kuruluşu ve işleyişindeki aksaklıklardan doğduğu ve bu nedenle idarenin hizmet kusuru esasına göre sorumlu olduğu nedenine dayanılarak açıldığı anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 125.maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kurala bağlanmış; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b. maddesinde, idari eylem ve işlemlerden dolayı hakları ihlal edilenler tarafından açılan tam yargı davaları, idari dava türleri arasında sayılmıştır. Buna göre ve idare personelinin dikkatsizlik ve tedbirsizliği sonucu oluşan kişisel kusura değil de, zararın kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında doğduğu nedeniyle idarenin hizmet kusuruna dayanılmış olması karşısında, tekel niteliğinde kamu hizmeti yürüten TCDD İşletmesinin bu hizmeti yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan dava, olayda kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanmasını gerektirmektedir. Bu hususların saptanması ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, 2577 sayılı Yasa'nın 2/1-b. maddesi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevlidir.”⁶¹.

Doktrinde ve yargı içtihatlarında yakın geçmişte hizmet kusuru tanımlanırken ağır kusur ve hafif kusur ayrımı yapılarak bazı durumlarda hafif kusurun hizmet kusuru sayılmayacağı, örneğin kolluk, sağlık ve savunma gibi özel bir zorluk gösteren bazı faaliyetlerde hizmet kusurundan söz edilebilmesi için idarenin kusurunun ağır olması şartının aranabileceği ifade edilmiştir⁶². Bunun yanında bu şekilde bir ayrımın sosyal devlet anlayışına ters düşeceği, idarenin sorumlu olması için kusurlu olmasının yeterli sayılması ve kusurun ağırlığının yalnızca özel hukuktaki gibi tazminat miktarını etkileyen bir unsur olması gerektiği yolundaki görüşler günümüzde ağırlık kazanmıştır⁶³. Kanaatimizce de idarenin kusursuz sorumluluk hallerinin dahi kabul edildiği hukuk sistemimizde, hafif kusur

⁶¹ UYM., “05.02.2007 Tarih, E. 2006/311 ve K. 2007/19 Sayılı Karar”

⁶² Gözler, Age., C.II, s.1001.

⁶³ Günday, Age., s.325; A. Şeref, Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s.264.

durumunda hizmet kusurunun, dolayısıyla da idarenin tazmin yükümlülüğünün bulunmadığını savunmak anayasal bir ilke olan sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılamayacak bir görüştür. Aşağıdaki Yargıtay kararı da bu görüşü destekleyen çok açık bir içtihattir; “...Sorumluluğu, yalnız ağır kusurun varlığıyla sınırlı kılmak yasanın açık hükmünün var olduğu hallerde söz konusudur. Nitekim Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinde bu yolda bu hüküm getirilmiştir. Devlet memurları hakkında ise böyle bir açık hüküm yoktur. Borçlar Kanununun 41 inci maddesi kusurun derecesi bakımından (ağır-hafif-ihmal, Kasıt) bir ayırım yapmamaktadır. Kamu görevlilerinin sorumluluğunda kusur ayırımı yapılmamasının bir sakıncası da bulunmamaktadır. Çünkü olayın özelliği gözetilerek kusurun subjektif olarak belirlenmesi olanağı vardır. Böyle bir belirleme, gerektiğinde, hakimi kamu görevlisi olan memurun olay için kusuru bulunmadığının kabulüne götürebilir. Ayrıca tazminat kapsamının belirlenmesinde özel indirim hallerinin varlığı dahi (BK. 43, 44) unutulmamalıdır. Bu nedenle memurun korunması açısından ağır kusur koşulunun aranmasının yararı bulunmamaktadır. Aksi halde bu gibi yollar sorumluluk bilincinin kaybolmasına ve özellikle yurttaşların zarar görmesine yol açabilir. Artık çağdaş hukuk uygulamasında, ağır kusur koşulunun terk edilmekte olduğu da hatırlanmalıdır; örneğin kaynak kanun İsviçre Medeni Kanununun 49 uncu maddesindeki ağır kusur koşulu kısa bir süre önce yapılan değişiklikle kaldırılmıştır...”⁶⁴.

Bazı durumlarda, hizmet kusuru mevcut olmasına rağmen bu hizmet kusuru belirli kamu görevlilerinin şahsına özgülenemez ve tazmin edilen zarardan dolayı herhangi bir kamu görevlisine karşı rücu yoluna gitmek de mümkün olmaz. Ancak bunu hizmet kusurunun mevcut olduğu hiçbir halde kamu görevlisine rücu edilemez şeklinde anlamamak gerekir. Hizmet kusurunun mevcut olduğu bir durumda aynı zamanda eğer bir kamu görevlisinin görev kusuru tespit edilebiliyorsa idare kamu görevlisine rücu edebilecektir. Bu husus aşağıdaki Yargıtay içtihadında şu şekilde belirtilmiştir; “ ...Devlet memurlarının görev ve yetkilerini kullanırken kişilere verdikleri zararlarda idarenin hizmet kusuru ile memurun şahsi kusuru birlikte bulunabilir. Bu gibi durumlarda, zarar görenin memur aleyhine tazminat davası

⁶⁴ YARGITAY 4. HD., “14.11.1985 Tarih, E. 1985/7369 ve K. 1985/9399 Sayılı Karar”

(görev ve yetki ile bağdaşmayan örneğin adam dövme-yargı kararlarını yerine getirmeme gibi özel durumlar hariç) açma olanağı bulunmamaktadır (657 S.K.m. 13-Anayasa m. 129). Ancak Devlet, zarar görene ödemek zorunda kaldığı tazminat için, memura şahsi kusurundan dolayı rucü edebilecektir.”⁶⁵.

Son olarak, hizmet kusuru konusunda kusurun derecesinin tespit edilmesinde kullanılan ölçütlere bakılacak olursa bunlar; hizmetin yürütülmesinde idarenin karşılatığı güçlükler, hizmetin sosyal önemi, zarara uğrayanın kişisel durumu, zararın gerçekleşme olasılığı, idarenin sahip olduğu imkan ve araçlar, hizmetin yerine getirilme zamanı ve yeri olarak sayılabilir⁶⁶.

1.5.7. Kişisel Kusur

Kişisel kusur kavramı doktrinde oldukça tartışmalı ve üzerinde uzlaşma sağlanamamış bir konudur⁶⁷. Ancak genel kabul gören görüş; kamu görevlilerinin hizmetle ilgili olmayan, hizmetten ayrılabilen, diğer bir ifade ile görevlerinin ifasından ayrılabilen nitelikteki kusurlarının kişisel kusur olduğudur⁶⁸. Aşağıdaki hallerde kişisel kusurun söz konusu olduğu söylenebilir:

- Yargı kararlarına uymama; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 4. fıkrasında yer alan özel hüküm gereğince idari yargı kararlarının 30 gün içinde yerine getirilmemesi halinde zarar gören tarafından idare aleyhine dava açılabileceği gibi kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine tazminat davası açma imkanı da tanınarak kamu görevlilerinin bu durumda kişisel kusurlu oldukları kabul edilmiştir.

- Kamu görevlilerinin suç niteliğindeki davranışları; Kamu görevlilerinin hizmet içinde taksirle veya kasten işledikleri fiiller ceza hukuku bakımından suç teşkil ediyorsa bu durumda görevlinin eyleminin hizmetle ilişkisi kesilmekte ve eylem kişisel kusur kabul edilmektedir.

- Kamu görevlilerinin kötü niyetli davranışları; kamu personelinin görevlerini yerine getirirken, kamu hizmetinin gerekleriyle bağdaşmayan şekilde, ideolojik ve

⁶⁵ YARGITAY 4. HD., “14.11.1985 Tarih, E. 1985/7369 ve K. 1985/9399 Sayılı Karar”

⁶⁶ Özay, Age., s.843.

⁶⁷ Özay, Age., s.866; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, s.294.

⁶⁸ Gözler, Age., II, s.1026; Günday, Age., s.325; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, s.294; Atay, Age., ss.584-585.

siyasi saikle, düşmanlık ve öç alma duygularıyla ya da menfaat temin etme gayesiyle hareket ederek kişilere zarar vermeleri hali görevlinin kişisel kusurunu oluşturmaktadır.

- Kamu görevlilerinin ağır kusuru; Kamu görevlisinin göreviyle ilgili olarak bağışlanmayacak derecede ağır kusur işleme halinde örneğin çok açık bir kanun hükmünü kasten ihmal veya üşengeçlik gibi nedenlerle yanlış uygulaması ya da hiç uygulamaması durumunda ilgili kamu görevlisinin bu eylemi kişisel kusur olarak kabul edilmektedir.

Doktrindeki genel tasnif yukarıdaki şekilde olmakla birlikte⁶⁹, yargı kararlarını uygulamama, kamu görevlilerinin kötü niyetli davranışlarda bulunmaları ve ağır kusurlu davranışları söz konusu olduğunda bu eylemler görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağından kanaatimizce kişisel kusur kavramı genel olarak kamu personelinin görevleri sırasındaki suç teşkil eden eylem ve işlemleri olarak tanımlanabilir.

1.5.7.1. Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusur Ayırımının Uygulamadaki Önemi ve Salt Kişisel Kusur Kavramı

Kişisel kusur ve hizmet kusuru ayırımının en önemli fonksiyonu bu ayrıma göre görevli yargı yolunun değişmesidir. Şöyle ki, eğer yalnız hizmet kusuru varsa idare bu kusurdan tamamen idari yargı yolu ile sorumlu tutulacak, hizmet kusuruyla birlikte görev kusuru varsa idare sorumlu tutulmakla beraber kusuru bulunan görevliye kusuru oranında rücu edilmesi söz konusu olacak ve nihayet hem kişisel kusur (salt kişisel kusur) hem hizmet kusuru mevcut ise zarar görenin seçimlik hakkı olacak ve ister kamu görevlisine kişisel kusurundan dolayı adli yargıda tazminat davası açabilecek, isterse de idareye karşı idari yargıda tam yargı davası açabilecektir.

Hizmet kusuru, yukarıda açıklandığı üzere tamamen idareye izafe ve atıf olunabilen kusurlar olarak kabul edilmektedir. Bu noktada, idarenin somut ve maddi bir kişiliği olmayıp, gerçek anlamda eylem kabiliyeti bulunmayan tüzel kişiliği söz konusu olduğundan, hizmet kusurunun aslında hizmetin ifası sırasında kamu

⁶⁹ Günday, Age., s.326-327; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, ss.294-295; Atay, Age., ss.584-585; Gözler, Age., II, ss.1045-1048.

görevlilerinin işlediği ve görevlerinin ifasından ayrılmaz nitelikteki kusurları olduğu söylenebilir⁷⁰. Ancak bu tür durumlarda hizmet kusuruna sebep olan personelin belirlenmesi çoğu zaman mümkün olmaz, mümkün olduğu zaman da kusurun kişiselleştirilmesi her zaman doğru olmaz, işte bu nedenle idare ajanının kusuru hizmetten ayrılabilir nitelikte olmadığı durumlarda, meydana gelen zararlardan idare sorumlu olacaktır⁷¹. Hizmet kusuru ile kişisel kusur tam da bu noktada ayrılır. Zira kamu görevlilerinin hizmet kusuru teşkil eden kusurlarından dolayı doğrudan kişisel sorumlulukları yoktur⁷².

Bu noktada yukarıda ayırt edici unsurları ile birlikte açıkladığımız kişisel kusur kavramıyla aynı anlamda kullanılan salt kişisel kusur kavramını açıklamak gerekmektedir. Zira salt kişisel kusur anlamında kullanılan kişisel kusur kavramının, daha sonra ayrıntılı olarak değineceğimiz⁷³ yine kişisel kusur kapsamında kalan görev kusuru kavramıyla karıştırılmaması gerekmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki doktrindeki tanımıyla salt kişisel kusur, kelime anlamının çağrıştırdığı şekilde tamamen kamu hizmetinden ve görevden bağımsız ve bunların dışında işlenen kusurları ifade etmez. Örneğin bir memurun izin deyken özel otomobiliyle bir kişiye çarpması salt kişisel kusur değildir. Buna benzer kusurlar Gözler'in tanımıyla 'saf kişisel kusur' olarak adlandırılabilir⁷⁴. Yine belirtmek gerekir ki kişisel kusur ve salt kişisel kusur ayrımının benimsenmesi halinde, kişisel kusur 'görev kusuru' anlamında kullanılmaktadır.

Salt kişisel kusur Duran tarafından özetle; personelin açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen eylem ve kusurlarından ötürü gerçekleşmiş sayılan, yine kamu personelinin bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanması veya mevzuatta açık ve kesin olarak belirtilen görev ve yetki sınırlarını aşması ya da idarenin işlev alanı dışına çıkması halinde ortaya çıkan kusur olarak tarif edilmiştir⁷⁵. Görüldüğü gibi burada salt kişisel kusur yukarıda açıklanan⁷⁶ 'kişisel kusur' anlamında

⁷⁰ Gözler, Age., II, s.977.

⁷¹ Çağlayan, Age., s.132.

⁷² Gözler, Age., II, s.1024.

⁷³ Bkz., s.30.

⁷⁴ Gözler, Age., II, s.1038.

⁷⁵ Lütfi Duran, *Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu*, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara 1974, s.106.

⁷⁶ Bkz., s.23-24.

kullanılmıştır. Kişisel kusuru ikiye ayırarak ‘salt kişisel kusur’ ve ‘görev kusuru’ ayrımını benimseyen Özay’a göre ‘Salt kişisel kusur’ kavramına konu olan eylemlerin temelinde çoğunlukla, kişisel çıkar sağlamak, başkalarına bilerek zarar verme, kasten mevzuat hükümlerini ihlal etmek ve yargı kararlarını uygulamamak şeklinde hizmetle hiçbir şekilde bağdaşmayan, resmi sıfatlarından tamamen ayrılmış olan ve çoğu zaman suç veya haksız fiil teşkil eden amaçlar yatar⁷⁷. Görüldüğü üzere salt kişisel kusur durumunda kusur kişiselleşmiş ve belirli bir personelin eylemine özgülülmüştür.

Salt kişisel kusur halinde, Anayasa’da ve DMK’daki düzenlemelerde yer alan -davanın idareye karşı açılması şartını öngören- “memurların yetkilerini kullanması” ve “kamu hukukuna tabi görev” durumları söz konusu değildir⁷⁸. Örneğin bir polis memurunun işkence yapması onun salt kişisel kusurunu oluşturur. Zira işkence ne yetkisi kapsamında ne de göreviyle ilgilidir. Memur burada tamamen yetkisi dışında ve emniyet göreviyle ilgisiz bir eylemde bulunmaktadır. Ancak bu tür durumlarda idarenin sorumluluğu da kalkmış değildir, zira örneğimizi ele alırsak polis memurunun işkence yapmasında; görevliyi seçmekle, yetiştirmekle, denetim ve gözetimini yapmakla yükümlü olan idarenin de hizmet kusuru vardır.

Bu konuya ilişkin şu yüksek yargı içtihatlarına bakmak aydınlatıcı olacaktır; “...Anayasa'nın 129/5. maddesi gereğince memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararlara ilişkin davaların idare aleyhine açılması gerekir. Ancak idare aleyhine dava açılabilmesi eylemin hizmet kusurundan kaynaklanmış olması koşuluna bağlıdır. Dava dilekçesindeki açıklamalara göre davacılar, davalı gerçek kişilerin kişisel kusurlarına dayanmışlardır. Şu durumda mahkemece, öncelikle bu iddia doğrultusunda inceleme yapılmalı, bu bağlamda tarafların tüm delilleri toplanıp değerlendirilmeli, idarenin hizmet kusuru dışında, davalı gerçek kişilerin hizmetten ayrılabilen kişisel kusur oluşturabilecek davranışları bulunup bulunmadığı araştırılarak varılacak sonuca göre karar verilmelidir.”⁷⁹, “Yasalarla kendilerine verilen kamu hizmetinin işlenmesini sağlayacak örgütü kurmak, personel ve araç gereci hizmet gereklerine uygun şekilde

⁷⁷ Özay, Age., ss.867-868; Gözübüyük, Age., s. 295.

⁷⁸ Gözler, Age., II, s.1050.

⁷⁹ YARGITAY HGK., “29.03.2006 Tarih, E. 2006/4-86 ve K. 2006/111 Sayılı Karar”

hazırlamakla yükümlü olan idarenin, hizmeti yürüten personelinin görevi sırasında yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurunun hizmet kusurunu oluşturacağı ve zararın tazminiyle sorumlu tutulacağı, idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Polis memuru olan davacının karakolda bir başka polis memurunun tabancayla ateş etmesi sonucu yaralandığı, bu halde, genel güvenliğin sağlanmasına ilişkin kamu hizmetini yürüten davalı idarenin, bu hizmetin gereği gibi yürütülmesini sağlayacak personelinin kişisel kusuru sonucu uğranılan maddi ve manevi zararı tazmin sorumluluğu bulunduğu açıktır.”⁸⁰.

Yukarıdaki içtihatlarda görüldüğü üzere kamu görevlisinin salt kişisel kusurunun bulunduğu eylemler dolayısıyla açılan davalarda, zarar görenin dava açacağı yargı yolu, davanın görevlinin salt kişisel kusuruna mı, yoksa idarenin hizmet kusuruna mı dayandırıldığına göre belirlenecektir. Eğer davacı adli yargıda açtığı davada, kamu görevlisinin açıkça hizmetten ayrılabilen salt kişisel kusurundan doğan zararın tazminini istemişse adli yargı mahkemesi idari yargının görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı veremeyecek ve yargılama yaparak zararın hangi oranda görevlinin kişisel kusurundan kaynaklandığını tespit ederek o oranda tazminata hükmedecek, yine aynı olay nedeniyle davacının, kamu görevlisinin eylemi nedeniyle uğradığı zararın tazminini bu kez idarenin personeli üzerindeki seçme, denetleme, gözetleme ve yetiştirme faaliyetini layıkıyla yapmamasından dolayı hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle, idare aleyhine tam yargı davası açmak suretiyle talep ettiği durumda ise idari yargı merciinin bu davaya bakması gerekecektir.

Hangi eylemlerin salt kişisel kusur oluşturacağı her olayın özelliğine göre belirlenecektir. Bunun tek istisnası “kamu görevlisinin yargı kararlarını uygulamaması” durumudur⁸¹. İYUK md. 28/4 deki açık düzenleme dolayısıyla hem doktrinde hem yargı içtihatlarında yargı kararlarını uygulamamanın görevlinin özel bir hınç, kin ve kötü niyet taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın başlı başına, zarar görene ister adli yargıda tazminat ister idari yargıda tam yargı davası açmakta seçme hakkı verdiği konusunda fikir birliği vardır⁸². Bu arada vurgulamak gerekir ki

⁸⁰ DANIŞTAY 10.D., “04.10.2001 Tarih, E. 2001/40 ve K. 2001/3396 Sayılı Karar”

⁸¹ Günday, Age., s.329, s.547.

⁸² Atay, Age., s.585.

görevden tamamen bağımsız suç ve haksız fiil teşkil eden davranışlar örneğin memurun mesai saatleri dışında suç işlemesi idarenin sorumluluğunu gerektirmeyen doğrudan memurun sorumluluğunu doğuran ve adli yargıda görülen kusurlardır. Uyuşmazlık Mahkemesinin bir içtihadında bu husus şu şekilde açıklanmıştır; “*Kamu personelinin görev ve yetkilerinden, kullandığı araç ve gereçlerden, resmi sıfatından ayrılabilen, başka bir anlatımla, suç biçimine dönüşerek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemleri, Anayasal koruma dışında ve dolayısıyla personelin doğrudan doğruya kişisel sorumluluğunu gerektiren hukuk alanı içindedir.*”⁸³. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki kamu görevlisine salt kişisel kusurundan dolayı doğrudan adli yargıda dava açılabilmesi, idarenin böyle bir durumda sorumlu olmadığı anlamına gelmez.

Başka bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında ise salt kişisel kusur anlamında kullanılan kişisel kusur ile hizmet kusuru ayrımı şu şekilde oldukça detaylı olarak açıklanmıştır; “... Öğretide ve Yargıtay içtihatlarında, görevin yapıldığı sırada meydana gelen zararın tazmininin idareyi mi yoksa idarenin memuruna mı ait olacağı konusundan da hizmet kusuru Kişisel kusur ayrımı kıstas olarak benimsenmiştir. Kişisel kusur, memur veya kamu görevlisinin kamu görevini yerine getirirken, idare fonksiyonuna, kamu görevi gerek ve koşullarına aykırı ve yabancı olan, bu nedenle idareye yöneltilip, yüklenemeyen doğrudan doğruya memur veya kamu görevlilerine yüklenen memurun kişisel sorumluluğunu gerektiren tutum ve davranışlardır. Hizmete yabancı olan ve hizmetle birleşmeyen kusur kişisel kusur olarak kabul edilmelidir. Doktrinde kişisel kusurun alanı yalnız kötü maksat ve niyetle sınırlandırılmayıp ihmal, tedbirsizlik, dikkatsizlik gibi haller kişisel kusur kavramı içinde değerlendirilmiştir. (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 22.10.1979 gün ve 7/2 sayılı kararı) Kamu görevlilerinin, açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hatalarının kötü niyet ve amaçla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemlerle, bağışlanamayacak ölçüde ağır kusur oluşturan açık biçimde hukuka aykırı eylem ve işlemlerden ibaret olduğu...Kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık ve kesin olarak

⁸³ UYM., “18.5.1992 Tarih, E. 1992/15 ve K. 1992/18 Sayılı Karar”

belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını ve sınırlarını aşar yahut idarenin işle alanının dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlenmiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış olacağı sonucuna varılmıştır. (Anayasa Mahkemesinin 25.3.1975 gün ve 42/62 sayılı kararı) Kişisel kusur ile hizmet kusuru ayrımında şu ölçütler kullanılabilir; 1- Eylem, eylem ve kusurlarının hizmetten açıkça ve kolayca ayrılabilmesi, 2- Kötü niyetle üçüncü kişiye yada kuruma zarar vermenin amaçlanması, 3- Kendisine yada başkasına özel çıkar sağlanması, 4- Bağışlanmayacak ölçüde işlem ve eylemlerde ağır kusur bulunması, 5- Yetkinin bilerek ve isteyerek kötüye kullanılması, 6- İdarenin görev alanı dışına çıkılması hallerinde memur veya diğer kamu görevlisinin kişisel kusurundan söz edilebilir. Hemen belirtelim ki hukuka ve yasa kurallarına açıkça karşı gelinmesi, yargı kararlarının uygulanmaması, kin, garez, düşmanlık vs. gibi duygularla hareket edilmesi kişisel kusur için, yani memur ve kamu görevlisinin tazminatla sorumlu tutulması için yeterlidir. Memur veya diğer kamu görevlisinin görevini yaparken ihmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik, özensizlik, gözetim ve denetim görevini ihmal sonucu ortaya çıkan zararlar da kişisel kusur kapsamına girer. Kişisel bir kusur olarak nitelendirilebilecek bir eylem yahut işlemin varlığı halinde sorumluluktan söz edilebilecektir. Burada sözü edilen kusur kasdi olabileceği gibi ihmali nitelikte de olabilir....”⁸⁴.

Bu konuda doktrinde ve uygulamada kabul gören görüşün aksine kişisel kusurun genel nitelikte, hizmet kusurunun ise istisna niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Çünkü bunun tersi yani hizmet kusurunun genel, kişisel kusurun istisna olduğunun kabulü, rücu yolunun oldukça daraltılmasını dolayısıyla da kamu görevlilerinin görevlerini gereği gibi yapma motivasyonunda azalmayı ve keyfiliğin artışı netice vermektedir.

1.5.7.2. Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusurun Birleşmesi ve Görev Kusuru Kavramı

Kişisel kusur ile hizmet kusurunun birleşmesi durumunu incelemeye geçmeden önce yukarıda belirtildiği üzere⁸⁵ çoğu zaman kişisel kusur kavramı ile eş anlamlı kullanılan, hizmet kusurunun doğumuna neden olan ve bu itibarla genellikle

⁸⁴ YARGITAY HGK., “11.12.2002 Tarih, E. 2002/4-993 ve K. 2002/1052 Sayılı Karar”

⁸⁵ Bkz. s.25.

hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe geçtiği görev kusuru kavramını açıklamak gerekmektedir.

Doktrinde ve yargı içtihatlarında yukarıda ayrıntılı olarak yer verilen ‘salt kişisel kusur’ ile ‘kişisel kusur’ kavramlarının anlamları üzerinde fikir birliği mevcut olmayıp bazen iki kavram birbirinin yerine kullanılmakta bu da kavram kargaşasına yol açmaktadır. Buna son vermek için ‘görev kusuru’ kavramı geliştirilmiştir. Görev kusuru kavramıyla tanımlanan kişisel kusurlar kısaca, yine kusuru işleyen kamu görevlisinin belirli olduğu ancak salt kişisel kusurlar gibi olmayıp, Anayasanın 129/5. ve 657 sayılı yasanın 13. maddeleri kapsamı içinde kalan yani personelin görevin icrasında, görev sırasında veya görev sebebiyle işlediği kusurlar olarak tarif edilebilir.⁸⁶ Özay, görev kusurundan doğan sorumluluğun şartlarını; zarara memur veya diğer kamu görevlilerinin sebebiyet vermiş olması, zararın kamu hukukundan doğan yetkinin kullanılmasından ortaya çıkmış olması ve son olarak kusurlu fiil ve davranışın hizmet ve görevle ilişkili olması şeklinde üç madde olarak saymıştır⁸⁷. İşte, hizmet kusuru ve salt kişisel kusur ayrımının yanında, kusura hangi personelin yol açtığı belirlenebildiği ancak kusurun görevden de tam olarak soyutlanamadığı durumları yani bir anlamda hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe olduğu durumları açıklamak ve buna ilişkin sorumluluğu daha sağlıklı tespit edebilmek için görev kusuru kavramı ortaya atılmıştır. Görev kusuru kavramına getirilen en kapsayıcı tanımlardan biri şöyledir; “Görev Kusuru; somut olarak kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından kaynaklanan bir davranışı içerse de, aslında idarenin kendi davranışı sayılması gereken ve dolayısıyla idarenin ‘kendi’ sorumluluğunu doğuran, hukuka ve göreve aykırılığı ‘göreve ve idareye’ ilişkin sayılmasını engellemeyen kusurun, sorumlu personelde kişiselleşen görünüm biçimidir.”⁸⁸

Personelin görev kusuru nedeniyle sorumluluk modelinde meydana gelen zarardan personelin kendisi değil, idare sorumlu ve tazmin yükümlüsü olmaktadır. Bu durumda memur ‘isnadiyet süjesi’ olarak asıl sorumlu sayılmakta, ancak idare bu

⁸⁶ H. Tahsin Gökcan, *Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s.84; Gözler, Age., s.1056.

⁸⁷ Özay, Age., s.865.

⁸⁸ Cüneyt Ozansoy, *Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1989, s.285.

sorumluluğu ‘aktarma yoluyla’ üstlenmektedir.⁸⁹ Demek ki, Anayasanın 129/5. maddesi ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesindeki düzenlemeler de dikkate alındığında, görev kusuru kabul edilen hallerde kamu görevlisi aleyhine dava açılmayacak, idari aleyhine tam yargı davası açılarak zararın tazmini yoluna gidilebilecektir.

Uyuşmazlık mahkemesinin ‘Görev Kusuru’ tanımına yer verdiği bir kararı şu şekildedir; *“Kişilerin uğradığı zararlar, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa, ortada görevle ilgili bir durum var demektir ki, öğretide ‘görev kusuru’ olarak tanımlanan bu tür davranışlar, kamu personelinin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmakta; bu durum ise, 657 sayılı Yasanın 13. maddesindeki ‘...kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlar’ ibaresinde ifadesini bulmaktadır. Bu duruma göre; her ne kadar idari yargı düzeninde kural olarak, idareye karşı açılan davalara bakılabilmekte ve kamu personeli de olsa gerçek kişilere karşı kişisel kusurdan hareketle tazminat davası açılmasına olanak bulunmamakta ise de; yukarıda açıklandığı üzere, olayda kişisel kusur söz konusu olmayıp tazminat davasının konusunu oluşturan zarar, kamu personelinin görevi sırasında kullandığı yetkilerden ve resmi sıfatından ayrılamayan, aksine bunlarla sıkı sıkıya ilgili ve bağlantılı bulunan kusurdan doğrudan idare yönünden ‘hizmet kusuru’ ve kamu personeli yönünden de ‘görev kusuru’ esaslarına göre değerlendirilmesi gereken bu sorumluluğun yargısal denetimi görevi idari yargı yerine ait bulunmaktadır.”⁹⁰*

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise Görev kusurunu şu şekilde tarif etmiştir; *“... görev kusuru, kamu görevlisinin görevden ayrılmayan, görev içinde ve görev dolayısıyla idarenin memura verdiği ödev, yetki ve araçlarla işlenmekte olan kusurdur.”⁹¹*

Gözler bu hususta salt kişisel kusur ve görev kusuru şeklinde bir ayrımı benimsememiş, kişisel kusur kavramını hem görev kusurunu hem de salt kişisel kusur olarak tanımlanan kusurları içine alacak şekilde kullanmıştır. Fakat Gözler’in

⁸⁹ Ozansoy, Age., s.39.

⁹⁰ UYM., “04.04.1997 Tarih, E. 1997/16 ve K. 1997/15 Sayılı Karar”

⁹¹ YARGITAY HGK.,”30.04.1986 Tarih, E. 1986/309 ve K. 1986/466 Sayılı Karar”

burada kişisel kusur kavramını yine ikiye ayırdığı ve Anayasanın 129/5. maddesindeki ‘kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar’ tanımı ile Devlet Memurları Kanununun 13. maddesindeki ‘kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlar’ tanımından hareket ederek bu tanımlar dışında kalan kişisel kusurlar ile bu tanımlar içinde kalan kişisel kusurlar şeklinde ikili bir ayırım yaptığı görülmektedir⁹². Bu ayırma göre örneğin polisin işkence yapması ne kamu görevlisine verilen yetki kapsamında ne de kamu hukukuna tabi görevi kapsamında kalan bir eylem değildir. Bu şekildeki bir kişisel kusur ilgili kamu görevlisine doğrudan adli yargıda tazminat davası açma olanağı verir. Anayasanın 129/5. ve 657 sayılı yasanın 13. maddesindeki söz konusu tanımların içinde kalan kusurlar ise yalnız idare aleyhine dava açılacak durumları ifade eder. Örneğin bir öğretmenin öğrencisine kişisel husumeti nedeniyle sınavda düşük not vermesi onun kamu hukukuna tabi görevi dolayısıyla ve kendisine verilen yetki kapsamında gerçekleştirdiği bir idari işlem olduğundan, bu durumda öğrencinin öğretmene karşı adli yargıda tazminat davası açma hakkı bulunmamakta, davanın idareye karşı açılması gerekmektedir⁹³. İdarenin tazminatı ödedikten sonra kamu görevlisine rücu hakkı bulunmaktadır.

Kimi durumlarda kamu görevlilerinin kişisel kusuru (salt kişisel kusur) ile hizmet kusurunun birleşmesi yani kamu görevlisinin kişisel kusurunun aynı zamanda bir hizmet kusuru teşkil etmesi söz konusudur⁹⁴. Örneğin polisin işkence yapması veya öğretmenin öğrencisini dövmesi gibi durumlarda eylem kamu görevlisine aittir ancak ona kamusal bir güç, yetki, araç ve gereçler veren idarenin de bunları verdiği kişiyi iyi seçmemesinden, eğitmemesinden ve denetlememesinden kaynaklanan hizmet kusuru bulunmaktadır⁹⁵. Bu da göstermektedir ki salt kişisel kusur halinde kusur hizmetten tamamen kopuk değildir. Buna ilişkin çok sayıda yargı içtihadı da mevcuttur. Örneğin Ankara 10. İdare Mahkemesi bir kararında, Milli Savunma Bakanlığı’na bağlı kreş ve gündüz bakım evine gönderilen bir çocuğun, bu kreşte işçi olarak çalışan bir kişinin tecavüzüne uğraması nedeniyle açılan davada “.... *idarece çocukların ruh ve beden sağlıklarının özenle korunması gereken böyle bir kuruma*

⁹² Gözler, Age., II, s.1049 vd.

⁹³ Gözler, Age., II, s.1051.

⁹⁴ Gözler, Age., II, s.1057

⁹⁵ Günday, Age., s.327

personel alınırken gerekli dikkat ve özenin gösterilmediği, bu nedenle zararın meydana geldiği, bu şekilde oluşan hizmet kusuru nedeniyle meydana gelen zararın tazmini gerektiği” gerekçesiyle görevlinin açıkça suç teşkil eden ve salt kişisel kusur niteliğinde olan davranışından idarenin sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir. Bu karar Danıştay 10. Dairesinin 11.06.1996 tarih, E. 1996/4313 ve K. 1996/3477 sayılı kararıyla onanmıştır. Yine görevlilerin salt kişisel kusurunun mevcut olduğu bir durumda Danıştay 10. Dairesi aşağıdaki şekilde karar vermiştir; “Davada tazmini istenilen zararı doğuran ve 3.10.1992 tarihinde ... İli ... İlçesinde teröristlerle güvenlik kuvvetleri arasında çıkan çatışma sırasında davacılar murisinin öldürülmesi ve işlettiği otelin yanması olayında güvenlik görevlilerinin eylemleriyle, can ve mal güvenliğinin korunması hizmetinin ayrılabilmesi, görevli idare ajanlarının suç niteliğindeki eylemlerinin hizmetle irtibatının kesildiğinden bahsedilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, idare ajanlarının subjektif, kasta dayalı suç niteliğindeki eylemlerinin, yürütülen hizmetle içice geçtiği dikkate alınarak; hizmeti yürüten idarenin, yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde, hukuki sorumluluğu irdelenerek davanın sonuçlandırılması zorunludur. Diğer taraftan, bu davanın idari yargı yerinde görümü ve idarenin hukuki sorumluluğunun irdelenmesi, idare ajanlarının kişisel sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Davacılar, suç niteliğindeki eylemlerinden dolayı idare ajanları aleyhine adli yargıda da dava açabileceklerdir. Bu durumda, idarenin görev ve faaliyet alanında, mal ve can güvenliğinin korunmasına yönelik hizmetlerin kamu görevlileri eliyle yürütülmesi sırasında meydana gelen zararın tazmini istemiyle açılan davanın görüm ve çözümü idari yargının görev alanında bulunduğundan; davayı görev yönünden reddeden mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.”⁹⁶.

İşte bu gibi hallerde zarara uğrayanın ister görevli aleyhine salt kişisel kusuruna dayanarak adli yargıda tazminat davası, ister idare aleyhine idarenin hizmet kusuruna dayanarak idari yargıda tam yargı davası açma hakkı vardır. Görülüyor ki böyle bir durumda Anayasanın 40/3 ve 129/5. maddeleri ile 657 sayılı yasanın 13. maddesinin uygulanma olanağı yoktur⁹⁷. Bu durumda farklı sebeplere ve eksik teselsüle dayanan müteselsil sorumluluk söz konusudur. Ancak idari yargıda açılan

⁹⁶ DANIŞTAY, 10.D., “06.11.1997 Tarih, E. 1996/2383 ve K. 1997/4163 Sayılı Karar”

⁹⁷ Gözler, Age., II, s.1050-1051.

davada idarenin tazminata mahkum edilmesi durumunda kanaatimizce idarenin görevliye rücu hakkının yalnızca görevlinin kusuru oranında bulunması gerekmektedir. Zira böyle bir olayda görevli personelin adli yargıda tazminatın tamamını ödemeye mahkum edildikten sonra bir de idarenin rücu etmesi nedeniyle tazminat ödemekle yükümlü tutulması, görevlinin aynı eylemden dolayı iki kez sorumlu tutulması anlamına gelir ki bu da hukuken doğru değildir. Kaldı ki idarenin hizmet kusuruna dayalı olarak idari yargıda açılan davada, tazminat talebine dayanak olan idarenin hizmet kusuru; personelin seçimi, yetiştirilmesi, denetimi ve gözetimi görevinin layığıyla yapılmaması şeklindeki hizmet kusuru olduğundan, bu görevin icrasında görevliye atfı kabil bir kusur da bulunmadığından görevliye rücu edilmesini gerektirecek haklı bir sebep bulunmamaktadır.

Son olarak bu konuda tekrar üzerinde durmak gerekir ki; öğretide ve yargı kararlarında görev kusuru kavramı yerine daha çok kişisel kusur kavramı kullanıldığından, buna uygun olarak bu çalışma içerisinde de ‘kişisel kusur’ kavramı ‘görev kusuru’ anlamında kullanılacaktır.

1.5.8. İdarenin İdari Sözleşmelerden Doğan Sorumluluğu

İdarenin bütün sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi niteliğinde ve uyuşmazlıkları adli yargıda çözülmesi gereken sözleşmeler olarak kabul edemeyiz. İdarenin söyle sözleşmeleri vardır ki, burada tarafların iradeleri eşit değildir. Kamu yararı gereği idarenin bir kısım üstün yetkilerle donatıldığı ve bu yetkileri kullanarak yaptığı bu sözleşmelere idari sözleşme denir. Böyle bir sözleşmenin varlığından söz edilebilmesi için; Taraflardan birinin idare olması, sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesi olması, idareye özel hukuku aşan yetkilerin verilmesi şartlarının mevcut olması gereklidir⁹⁸. Ayrıca sözleşmenin konusunun aşağıda genişçe açıklanacağı üzere bir kamu hizmetinin yürütülmesi, amacının kamu yararını gerçekleştirmek olması durumunda da bir idari sözleşmenin varlığından söz edilebilir⁹⁹. İşte bu şartları taşıyan ve ‘idari sözleşmelerden’ doğan uyuşmazlıklar ise idari yargıda iptal davası açılmak suretiyle görülecektir.

⁹⁸ A. Şeref, Gözübüyük - Güven, Dinçer, *İdari Yargılama Usulü*, Ankara 1996, s.144; Çağlayan, Age., s.115.

⁹⁹ Giritli - Bilgen - Akgüner, Age., s.836.

1.5.9. İdari Eylem ve İşlemlerden Doğan İdarenin Sorumluluğunun Yaptırımı

Daha önce de belirtildiği gibi 1982 Anayasasının 125'inci maddesinin son fıkrasında “*idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” ifadesi yer alır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu da “idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan davaların” idari dava türlerinden olan tam yargı davaları olduğu ve bu davaların idari yargının görev alanına girdiği belirtilmiştir. Yine Anayasanın 125'inci maddesinin birinci fıkrasında “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*” ibaresi bulunmakta ve bu düzenlemeler göstermektedir ki idarenin sorumluluğu esası hem idari eylemler hem de idari işlemler yönünden tam olarak kabul edilmiştir¹⁰⁰.

İdarenin sorumluluğunun yaptırımı karşımıza tam yargı davası olarak çıkmaktadır. Tam yargı davaları, bir subjektif hakkı ihlal edilen ve bu nedenle zarara uğrayan kişinin, zararının tazmini için idari yargı yolunda ve idare aleyhine müracaat edeceği dava türüdür. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere tam yargı davaları bir başka idari dava türü olan iptal davalarının aksine ‘menfaat ihlali’ nedeniyle ve bu menfaati ihlal eden idari işlemin iptal edilmesi talebiyle değil, ‘hakkın ihlali’ nedeniyle meydana gelen zararın tazmini talebiyle açılan bir davadır. Bu itibarla tam yargı davası iptal davası gibi bir hareket şekli yüklemeyip, tazminat borcu yükler¹⁰¹.

Tam yargı davalarının, bu çalışmanın konusuyla yakın ilgisi işte bu özelliği ile kendisini gösterir. Zira idarenin, kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından kaynaklanan zararlardan doğan sorumluluğu nedeniyle oluşan tazminat borcu, kural olarak tam yargı davaları sonucunda ortaya çıkar. Bunun arkasından da şartları oluşmuşsa idarenin kusurlu personeline rücu etmesi söz konusu olur. Bunun yanında idarenin bazı özel yollarla, örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Devletin tazminata mahkum edildiği veya 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 141/1-e ve 142. maddeleri uyarınca Devletin tazminat ödemeye mahkum olması durumlarında da tazmin borcu ve akabinde görevliye rücu etmesi gerçekleşebilir¹⁰².

¹⁰⁰ Gözler, Age., II, s.942

¹⁰¹ Özay, Age., s.813.

¹⁰² Özay, Age., ss.817, 818.

Tam yargı davaları; doğrudan doğruya bir idari eylem sonucu zarar verildiği iddiasıyla açılabilceği gibi, bir idari işlemin iptali istenmeden doğrudan doğruya bu işlemin icrasından zarar doğduğu iddiasıyla veya bir idari işlemin iptali talebiyle birlikte bu idari işlemde doğduğu iddia edilen zarar dolayısıyla ve nihayet idari işleme karşı açılacak iptal davasının sonuçlanmasından sonra bu işlemde zarar görüldüğü iddiasıyla açılabilir¹⁰³.

Tam yargı davası açılırken, kuşkusuz idarenin bir zarardan sorumlu olduğu savına ve bu sorumluluğun sebebi olarak da idarenin kusursuz sorumluluk haline veya hizmet kusuru bulunduğu iddiasına dayanılacaktır. Kusur meselesi daha önce ayrıntılı olarak incelendiği için burada üzerinde durulmayacaktır. Ancak bu konuda son olarak bir noktaya değinmek gerekirse; Danıştay içtihatlarında, tam yargı davalarında sorumluluğu ortadan kaldıran nedenler olarak, daha önce idarenin kusura dayalı sorumluluğunu etkileyen nedenler olarak belirtilenlere ve idarenin sorumluluğunun doğmasının şartları olarak sayılanların bulunmamasına ek olarak şunlar gösterilmektedir; kanunların yorumundaki ve olayların değerlendirilmesindeki fark yani içtihadı (hukuki) hata sebebiyle verilen zararlar, ilmi takdir yetkisinin kullanılması sonucu verilen zararlar, hukuka uygun idari işlemler sebebiyle verilen zararlar ve her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlıklar sebebiyle verilen zararlar¹⁰⁴. Hemen belirtmek gerekir ki bu son sebeplere dayalı olarak idarenin sorumluluğunun ortadan kalktığını savunmak hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamakta ve bu nedenledir ki son dönemde bu sebeplerle idarenin sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesine dayalı Danıştay içtihatlarına rastlanmamaktadır.

İdarenin, kamu görevlisinin kusuru ile oluşan sorumluluğu nedeniyle tazminat ödedikten sonra görevliye rücu etmesini, bu hususta uygulanacak hükümlerle birlikte ayrıntılı olarak incelemeye başlamadan önce genel olarak rücu hakkının incelenmesi ve açıklanması gerekmektedir.

¹⁰³ Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, ss.358-359.

¹⁰⁴ Özay, *Age.*, s.824.

İKİNCİ BÖLÜM

RÜCU KAVRAMI VE İDARENİN KAMU GÖREVLİSİNE RÜCU ETMESİ

2.1. GENEL OLARAK RÜCU KAVRAMI

Rücu kelime anlamı olarak geri dönme, vazgeçme, cayma gibi anlamlar ifade etmektedir. Hukuk dilinde ise rücu, iki manaya gelmektedir. Birincisi vazgeçme ve cayma şeklinde ve sözleşmeden dönme anlamında kullanılan rücu, ikincisi ise sözlük anlamı olarak ‘bir kimsenin alacaklısına ödediği şeyi diğer birinden istemesi’ şeklinde tarif edilen rücutur¹⁰⁵. Bu çalışmanın konusu da ikinci anlamdaki rücu kapsamında kalmaktadır. Rücu kavramını tazminat talepleri yönünden ele almak gerekirse, rücu hakkını doğuran tazminat talebinin; ‘bir başkasının menfaatine olarak bir kişinin bizzat kendisinin, kendi iradesiyle verdiği veya hukuki mükellefiyetine istinaden vermek zorunda bırakıldığı mal varlığı azalmalarından kaynaklanan’ tazminat talepleri olduğu söylenebilir¹⁰⁶.

Rücu ilişkisinde klasik alacak-borç-tazminat ilişkilerinin aksine üçüncü bir şahıs devreye girer. Bu üçüncü şahıs, asıl ilişkinin tarafları olan; zarar gören veya alacaklı olan şahıs (birinci şahıs) ile zarar veren veya borçlu olan şahsın (ikinci şahıs) yanında söz konusu borç veya tazminat bedelini, iradi olarak veya kanuni bir mükellefiyet nedeniyle birinci şahsa ödeyen şahıstır. Bu tür bir hukuki ilişkide ödemede bulunan üçüncü şahıs “rücu alacaklısı”, lehine ödemede bulunulan ikinci şahıs ise “rücu borçlusunu” olarak adlandırılmaktadır. Rücu alacaklısı olan üçüncü şahıs ödeme yaptıktan sonra bilahare rücu borçlusuna dönerek ödediği bedeli talep etme hakkına sahip olur. Yani burada “rücu” olarak adlandırılan hukuki ilişkinin gayesi, rücu alacaklısı lehine fedakarlıkta bulunan tarafın yüklendiği maddi mükellefiyeti onun sırtından alıp rücu borçlusunun sırtına yüklemektir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Abdurrahim, Karşlı, *Usul Hukuku Açısından Rücu Davaları*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1994, s.8.

¹⁰⁶ Karşlı, Age., s.10.

¹⁰⁷ Karşlı, Age., s.16.

2.2. ÖZEL HUKUK ALANINDA RÜCU HAKKI

Konumuz olan idarenin sorumluluğu ve bu nedenle personeline rücu etmesi, özel hukuk alanındaki rücu hakkı ile aynı temellere dayandığından, ayrıca idare rücu hakkını kullanırken kural olarak dava yoluyla adli yargıda özel hukuk hükümlerine göre hak iddia edeceğinden, öncelikle özel hukuk alanında özellikle de Borçlar hukuku alanında rücu hakkının incelenmesi gerekmektedir. Bununla beraber özel hukuk alanında rücu hakkının kapsamı özellikle sözleşmeden kaynaklanan borçlar bakımından çok geniş olduğundan, çalışmanın sınırlarının fazla dağıtılmaması açısından, gelecek başlıklarda konu edilen rücu hakkı daha çok haksız fiile ve kusura dayalı sorumluluktan doğan rücu hakkı anlamında kullanılacak ve tartışılacaktır.

2.2.1. Borçlar Kanunundaki Düzenleme

Rücu hakkı, Borçlar Kanunumuzda genel bir norm olarak 51. maddede düzenlemiştir. Konuyla ilgili 50. ve 51. maddeler şu şekildedir;

“Madde 50 - Birden ziyade kimseler birlikte bir zarar ika ettikleri takdirde müşevvik ile asıl fail ve fer'an methali olanlar, tefrik edilmeksizin müteselsilen mesul olurlar. Hakim, bunların birbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şumulünün derecesini tayin eyer....”

“Madde 51 - Müteaddit kimseler muhtelif sebeplere (haksız muamele, akit, kanun) binaen mesul oldukları takdirde haklarında, birlikte bir zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur.

Kaideten haksız bir fiili ile zarara sebebiyet vermiş olan kimse en evvel, tarafından hata vaki olmamış ve üzerine borç alınmamış olduğu halde kanunen mesul olan kimse en sonra, zaman ile mükellef olur.”

Görüldüğü gibi 50. madde ortak kusurdan dolayı birden fazla şahsın birlikte sorumluluğunu düzenlemektedir. 51. maddede ise farklı hukuki sebeplerden dolayı birden fazla şahsın birlikte sorumluluğu düzenlenmiştir. Yine 51. maddede dış ilişki açısından 50. maddeye atıf yapılmış, iç ilişki açısından ise rücu hakkında başvurulacak sıra olarak haksız fiil, sözleşme ve kanundan doğan sorumluluk

şeklinde bir sıralama yapmıştır¹⁰⁸. Ancak burada hemen belirtmek gerekir ki bu çalışmanın konusu olan, idarenin memura rücu etmesi meselesinde belirli durumlarda, Anayasanın 40/3. ve 129/5. maddeleri ile Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin getirdiği özel düzenlemeler nedeniyle, meydana gelen zarardan dolayı müteselsil sorumluluk değil, öncelikle idare yani tazmin yükümlülüğü kanundan kaynaklanan devlet kurumu sorumlu tutulacaktır.

Her iki düzenlemede yasa koyucu müteselsil sorumluluk esasını getirerek, ister kusurdan ister sözleşmeden isterse kanundan doğan bir sorumluluk mevcut olsun alacaklıyı koruma amacını gütmüştür. Buradaki müteselsil borç dış ilişkide söz konusu olup, borçlular arasındaki ilişkide yani iç ilişkide ise müteselsil borçluluk değil kısmi borçluluk söz konusudur. Bunun sonucu olarak da iç ilişkide, verilen zarar oranında sorumluluk söz konusu olacak, zarar görene veya alacaklıya ifada bulunan müteselsil borçlu, kendi kusuru karşılığı olan edimden fazlası için diğer borçlulara rücu hakkına sahip olacaktır.¹⁰⁹

Borçlar Kanununun 146. maddesiyle rücu hakkının bu yönü ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Madde metni şöyledir;

“Madde 146 - Borcun mahiyetinden hilafı istidlal olunmadıkça, müteselsil borçlulardan her biri alacaklıya yapılan tediyeden birbirine müsavı birer hisseyi üzerlerine almağa mecburdur. Ve hissesinden fazla tediyede bulunan, fazla ile diğerlerine rücu hakkını haizdir.

Birinden tahsili mümkün olmayan miktar, diğerleri arasında mütesaviyen taksim olunur.”

Bu madde hükmüne göre; alacaklı, bir veya birkaç sorumlu tarafından kısmen veya tamamen tatmin edildikten ve böylece ifada bulunan yönünden müteselsil sorumluluk sona erdikten sonra sorumlulardan birisi, hakim tarafından tayin edilen miktardan daha fazlasını zarar görene ödemiş ise o, bu fazlayı diğerlerinden isteyebilir; yani rücu hakkına sahip olur. Ancak, rücu alacağı yönünden diğer sorumlular arasında teselsül ilişkisi yoktur; yani, hissesine düşenden fazlasını ödeyen borçlu, diğer sorumluların her birinden, hissesine isabet eden miktarla

¹⁰⁸ Tekinay – Akman – Burcuoğlu - Altop, Age., s.709-710.

¹⁰⁹ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Legal Yayıncılık, Ankara 2005, s.552.

orantılı olarak talepte bulunabilir¹¹⁰. Burada sorumluların hissesinden maksat kusur sorumluları için kusurlarının ağırlığına göre belirlenecek bedeldir. Yine kusur sorumluları kusurlarının ağırlığı oranında yalnızca kendi aralarında sorumludurlar. Yani kusur sorumlusu, sözleşme sorumlusuna veya kusuru bulunmayan kanun gereği sorumlu olan sebep sorumlusuna rücu edemez¹¹¹

Burada vurgulanması gereken önemli bir nokta şudur: Borçlar Yasası bu maddelerde dış ilişkide sorumluluğun müteselsil olduğunu kabul etmekle beraber iç ilişkide yani rücu hakkının düzenlenmesinde kesin bir hüküm ortaya koymamış, belirli kıstaslara göre hakimin takdir hakkı kullanmasını öngörmüştür. Örneğin hakim bu takdir yetkisini kullanırken haksız fiillerde oynanan rollerin önemine veya elde edilen faydanın sorumlular arasındaki paylaşımına bakarak rücu tazminatının miktarını belirleyebilir¹¹².

Borçlar Kanununun 51. maddesi rücu hakkını düzenleyen genel bir norm niteliğinde olduğundan, belirli hukuki ilişkilerde rücu hakkının doğumunu öngören özel kanuni düzenlemelerin varlığı halinde kuşkusuz bu özel düzenlemeler evleviyetle uygulanacak, ancak bu durumda ve özel düzenlemenin yetersiz kaldığı hallerde Borçlar Kanunundaki genel hükümler ve bunların uygulama şekilleri kıyasen tatbik edilebilecektir.

2.2.2. Rücu Hakkının Doğumu ve Özellikleri

Rücu hakkı daha önce de değinildiği üzere, alacaklısı için bir alacak hakkı, rücu borçlusunu için ise bir borç doğurur. Bu talep niteliği itibariyle, rücu alacaklısının mal varlığında meydana gelen azalmanın tazminine ilişkindir. Rücu hakkı bu özelliği ile şahsi bir haktır yani herkese karşı değil, sadece ilgisine karşı ileri sürülebilen bir haktır¹¹³.

Rücu ilişkisinde dış hukuki ilişki, örneğin sözleşmeden kaynaklanabilir ve bu durumda doğan sorumluluk kuşkusuz sözleşmeden doğan borç olacaktır ancak iç

¹¹⁰ K. Tahir Gürsoy, “Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu”, *AÜHFĐ.*, 30 (1-4), 1973, 66.

¹¹¹ Eren, Age., s.818.

¹¹² Tekinay – Akman – Burcuoğlu - Altop, Age., s.705; Eren, Age., s.818.

¹¹³ Karşlı, Age., s.52.

hukuk ilişkide yani rücu ilişkisinde rücu borçlusunun sorumluluğu tazminat sorumluluğu olacaktır.

Rücu hakkını doğuran sebepler, Borçlar Kanununun 51. maddesinde belirtildiği gibi; haksız fiilden kaynaklanan, sözleşmeden kaynaklanan ve bir kanun gereği ortaya çıkan yükümlülükten kaynaklanan borç ilişkilerinde ortaya çıkabilir. Buradaki “borç” tanımı geniş anlamda yani “sorumluluk” anlamında tazmin borcunu da kapsar şekilde kullanılmaktadır. Çalışma konusuyla yakından ilgisi olmadığı için burada sorumluluğu doğuran borç türleri ayrıntılı olarak açıklanmayacaktır. Zira konumuz kusurdan kaynaklanan sorumluluktan doğan rücu hakkıyla ilgilidir.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan sonra rücu hakkının koşullarına ilişkin tasnife aşağıda yer verilecektir.¹¹⁴

2.2.2.1 Müteselsil Bir Borç İlişkisinin Varlığı

Özel hukuktaki sorumluluk sebeplerinden doğan, örneğin haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkisinde rücu hakkının doğumu yukarıda belirtilen Borçlar Kanunundaki düzenlemeye dayanıyordu. Ancak idarenin rücu hakkının doğumunda her zaman müteselsil sorumluluğun mevcut olması aranmaz. Zira görevli personelin kişisel kusurundan doğan hizmet kusuru hallerinde Anayasanın 129/5 ve 657 sayılı yasanın 13. maddelerinin amir hükümleri gereğince müteselsil borçluluk söz konusu olmayıp, öncelikle ve asli olarak idare sorumludur. Bununla beraber bu durumda da idarenin rücu hakkı saklıdır.

2.2.2.2 Sorumlu Taraflardan Birinin İfada veya İfa Yerine Geçen Edimde Bulunarak Alacaklıyı Tatmin Etmesi

Borçlunun teselsül ilişkisinden doğan sorumluluğu veya belli yasal düzenlemeler nedeniyle doğrudan ve asli sorumluluğu nedeniyle alacaklıyı tatmin etmiş olması gerekir.

Burada özellikle “alacaklının tatmin edilmesi” tanımının kullanılmasının sebebi ifa dışında da, örneğin, ibra, tecil, zamanaşımı gibi, sorumluluktan kurtulma sebeplerinin olmasıdır. İfa veya alacaklının tatmin edilmesi ile bunlar arasındaki

¹¹⁴ Kılıçoğlu, Age., s.552.

fark; birinci halde dış ilişkide ifade bulunan veya alacaklıyı tatmin eden tarafla beraber diğer sorumlular da borçtan kurtulurken, bunun dışındaki hallerde diğer taraflar sorumluluktan kurtulamazlar. Örneğin borcun sorumlu bir taraf için zamanaşımına uğraması ile yalnız bu taraf borçtan kurtulur. Diğer taraflar için borç devam eder.¹¹⁵

2.2.2.3 Borçlunun İfadan Kaçınmasının Mümkün Olması

Müteselsil borçlulardan biri ifadan kaçınmak için bir savunma olanağına sahipken bunu ileri sürmeden ifade bulunursa, örneğin zamanaşımı gibi borçlular için ortak bir def'i veya itiraz sebebini ileri sürmezse, bunun sonuçlarına katlanacak ve rücu hakkına sahip olmayacaktır¹¹⁶.

2.2.3. Rücu Hakkının Kullanılması Durumunda (Rücu Davalarında) İspat Problemi

Haksız fiilden kaynaklanan ve görevli adli yargı mahkemesinde açılan rücu davalarında B.K.'nin 42. maddesi uyarınca, zarar meydana geldiğini iddia edenin iddiasını ispat etmesi gerekmektedir. Bu husus *"herkes iddiasını ispatla mükelleftir"* şeklindeki Türk Medeni Kanununun 6. maddesi hükmüne de dayandırılabilir¹¹⁷. Daha önceki açıklamaların ışığında bu ispat yükümlülüğünün içine; zararın meydana geldiğinin, işlenen fiil ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının yani sebep sonuç ilişkisinin bulunduğu ve nihayet haksız fiil failinin kusurlu olduğunun ispatının girdiği söylenebilir. Kusurun ağırlığının belirlenmesinde kuşkusuz teknik uzmanlık gerektiren konularda bilirkişi görüşü de alındıktan sonra Hakimin takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmişti. Bunun yanında yine B.K.'nin 42. maddesi uyarınca, zararın miktarının tam olarak tespit edilemediği durumlarda da Hakim 42. maddedeki ölçütler dikkate alınmak suretiyle adalet ve hakkaniyete uygun olarak zarar miktarını tayin eder. Son olarak konumuz alanına giren rücu davalarında da davacının 'rücu sebebini', yani idarenin, memurun kişisel kusurunu ve onun zarar

¹¹⁵ Kılıçoğlu, Age., s.553.

¹¹⁶ Kılıçoğlu, Age., s.554.

¹¹⁷ Karşlı, Age., s.142.

verici eylemi sonucu tazminat ödediğini, ayrıca memur ile aralarındaki hizmet ilişkisini ispat etmesi gerektiği söylenebilir.

2.3. HAKSIZ FİİLDEN KAYNAKLANAN (KUSURA DAYALI) RÜCU HAKKININ DOĞUMUNA İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR

Borçlar Kanununun 51. maddesinin rücu hakkını düzenleyen genel bir hüküm olduğu yukarıda belirtilmişti. Yasa koyucu bununla yetinmeyip bazı durumlarda rücu hakkının doğumuna ilişkin ayrıca ve özel düzenleme yapmıştır. Bu özel düzenlemelere konu olan hallerden ‘istihdam edenin rücu hakkına’ değinmekte rücu hakkının kullanılmasındaki esas ve usullerin daha iyi anlaşılabilmesi açısından fayda görüyoruz.

2.3.1. İstihdam Edenin (Çalıştıranın) Rücu Hakkı

Borçlar Kanununun 55. maddesinde düzenlenen bu sorumluluk türünde bir işin görülmesi veya yürütülmesi faaliyetini iş sahibinin kendisine yardımcı şahıslar aracılığıyla gerçekleştirmesi söz konusudur. Buradaki hukuki ilişkinin bir tarafında adam çalıştıran, bir tarafta yardımcı kişi, diğer tarafta yardımcı kişinin hukuka aykırı bir eylemi nedeniyle zarara uğrayan bir kişi vardır.

Adam çalıştıranın sorumluluğunun dayandığı esas, sorumlu kişinin belirli bir kişi veya kişiler üzerinde hakimiyet ilişkisine haiz olması ve bu ilişki nedeniyle sorumlu kişiye yardımcı kişinin seçiminde, denetim ve gözetiminde, talimat vermede dikkatli ve özenli olması ödevi yüklenmiş olmasıdır. Bu ödevin layıkıyla tam olarak veya kısmen yerine getirilmemesi durumunda sorumlu kişi, oluşan zararı gidermek zorunda olacaktır¹¹⁸.

Adam çalıştıranın sorumlu tutulması için gereken genel şartlar; yardımcı kişinin yaptığı iş veya eylem nedeniyle üçüncü kişinin maddi veya manevi zarar görmüş olması, zarar verici eylem veya işin hukuka aykırı olması ve gerçekleşen zarar ile yardımcı kişinin hukuka aykırı eylemi arasında illiyet bağının bulunması yani zararın hukuka aykırı eylem nedeniyle doğmuş olmasıdır. İstihdam edenin objektif özen yükümlüğünü yerine getirdiğini ispat etmesi yani üzerine düşen bütün

¹¹⁸ Eren, Age., s.596.

özen ve dikkat görevini yerine getirdiğini veya bu görevi yerine getirmiş olsa da zararın yine ortaya çıkacak olduğunu ispatlaması diğer bir deyişle kurtuluş beyyinesi getirmesi ve sorumluluk için aranan genel şartlardan illiyet bağının kesilmesi durumlarında sorumluluktan kurtulma söz konusu olmaktadır. Ancak adam çalıştırmanın kusursuz olduğunu kanıtlaması onu sorumluluktan kurtarmaz. Örneğin adam çalıştırmanın hastalanması, işlerinin yoğunluğu, askere gitmesi veya temyiz kudretine sahip olmaması gibi nedenlerle kusursuz olması halinde sorumluluğu devam eder. Yani kusurun bulunmaması kurtuluş beyyinesi olmaz¹¹⁹.

Bütün bu açıklamalardan sonra adam çalıştırmanın rücu hakkı bakımından şunlar söylenebilir; Borçlar Kanununun 55. maddesinin 2. fıkrasında adam çalıştırmanın, zarara sebep olan yardımcı kişiye onun bizzat tazminatla yükümlü olduğu nispette yani kusurunun ağırlığına göre belirlenecek edim miktarı oranında rücu edebileceği düzenlenmiştir. Rücu hakkının doğması için yardımcı kişinin zarar görene kusurlu bir davranışla zarar vermiş olması gerekir¹²⁰. Yardımcı kişi kusurlu değilse veya temyiz kudretinden yoksun olduğu için kusur ehliyetine sahip değilse bu durumda rücu hakkı doğmaz. İç ilişkide rücu hakkını doğuran adam çalıştırıcı ve yardımcı kişi arasındaki hukuki ilişki zarar görene karşı ise dış ilişkide müteselsil sorumluluk doğurmaktadır¹²¹.

2.3.2. Rücu Hakkı Doğuran Çeşitli Sorumluluk Halleri

İstihdam edenin sorumluluğu dışında aynı şekilde rücu hakkı doğuran hukuki ilişkilere örnek olarak şunlar sayılabilir; Bina (yapı eseri) sahibinin rücu hakkı, hayvanı idaresi altında bulunduranın rücu hakkı, taşınmaz malikinin rücu hakkı vs. Rücu hakkı doğuran bu hallerde de müteselsil borçluluk söz konusudur ve rücu ilişkisi sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi kusurlu bir eylemden yani haksız fiilden de kaynaklanabilir. Bu gibi durumlarda rücu hakkının kullanılması adam çalıştırıcının sorumluluğundan doğan rücu hakkı ile aynı esaslara dayandığından bu hukuki ilişki türlerine ayrıntılı yer vermeye gerek duyulmamıştır.

¹¹⁹ Karahasan, Age., s.329.

¹²⁰ Tekinay – Akman – Burcuoğlu - Altop, Age., s.511.

¹²¹ Kılıçoğlu, Age., s.234.

2.4. İDARENİN KAMU GÖREVLİSİNE RÜCU HAKKINI DOĞURAN DURUMLAR

Kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirmeleri esnasında idari eylem ve işlemlerle kişilere zarar vermeleri durumunda hukuk devleti olmanın bir gereği olarak kişilere verilen zararın tazmin edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu zorunluluk en başta kaynağını Anayasanın 125. maddesinin; *“İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”* hükmünden almaktadır. Bu durumda yani idarenin, verilen zarar nedeniyle tazminat ödemeye mahkum olduğu ve tazminat ödemediği durumda yine Anayasanın 40. maddesinin; *“Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”* şeklindeki hükmü ve Anayasanın 129/5. maddesinin; *“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 gereğince, kamu görevlisinin kişisel kusurunun veya hizmet kusuruyla birlikte kişisel kusurun bulunması halinde idarenin kusurlu kamu görevlisine rücu hakkı vardır¹²². Aynı hususu özel olarak düzenleyen ikinci yasal düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde yer alan *“Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar... Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.”* şeklindeki hükümdür.¹²³

Anayasadaki ve Devlet Memurları Kanunundaki bu düzenlemelerin getirdiği sistem “Güvence Sistemi” olarak adlandırılmakta ve kişilerin uğradığı zararların tazmininde hem kamu görevlisini hem de zarara uğrayan kişileri korumayı amaçlamaktadır¹²⁴. Şöyle ki; kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zararların ödeme gücü daha yüksek ve garantili olan devlet tarafından tazmin edilmesi benimsenerek zarara uğrayan kişi, zarara uğrayan kişiyle kamu görevlisi muhatap kılınmayarak da kamu görevlisinin kişisel bir kusuru olduğundan bahisle haklı veya

¹²² Gözler, Age., II, s.1039.

¹²³ Bahtiyar Akyılmaz, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya 2004, s.407.

¹²⁴ Günday, Age. s. 546; Atay, Age., s.739; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, s. 207.

haksız yargı mercilerinin önüne çıkarılması engellenmek suretiyle kamu görevlisi korunmuş, böylece kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi sağlanmış olmaktadır.

İdarenin yasalardan kaynaklanan bu tazmin yükümlülüğü nedeniyle kişilerin zararını tazmin etmesinden sonra lehine fedakarlıkta bulunduğu kişiye yani, kişisel kusuru (görev kusuru) nedeni ile zararın asıl sorumlusu olan kamu görevlisine rücu hakkı doğar. Diğer bir deyişle idarenin sorumluluğunu gerektiren kusur veya eylemde memurun katkısı da bulunduğu takdirde, ödenen tazminattan dolayı idarenin rücu hakkı bulunmaktadır. Devlet bu düzenlemeyle, personelinin kişiye olan tazminat borcunu yasa gereği doğrudan yüklenmiş olan kişi durumundadır. Borcun zarar görene ödenmesiyle Devlet, zarara uğrayan kimsenin yerine geçerek rücu edebilecektir.

Yukarıda açıklandığı gibi kamu görevlisine rücu edilebilmesinin temel koşulu kamu görevlisinin kişisel kusurunun mevcut olmasıdır. Doktrinde ve yargı içtihatlarında görevin içinde olmakla beraber bağışlanmayacak ölçüde ağır nitelikte olan kusurlar ‘kişisel kusur’ (görev kusuru) sayılmaktadır¹²⁵. Danıştay’ın, “yürütmekle görevli olduğu milli istihbarat hizmetini kişi haklarının zedelenmesini önleyecek biçimde gerekli önlemleri alarak düzenleyemeyen” idarenin hizmet kusuru ve tazmin sorumluluğu hakkındaki bir kararında bu hususa şu şekilde değinilmiştir; “...Öte yandan Anayasanın 129. maddesine ve 657 sayılı yasanın 13. maddesine göre idarenin, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak sorumluluğu saptanan görevlilerden tahsil etmesi gerekmektedir. Olayda davacı hakkındaki suçlamaların ortaya çıkışı aşamasında ve sonraki aşamada görevlilerin ‘ağır kusurları’ söz konusu olduğundan, hükmolunan tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan görevlilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa ve yasa hükmü gereği bulunmaktadır.”¹²⁶.

Yine bu hususta meseleye oldukça ışık tutucu bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı şu şekildedir;

“...Diğer taraftan; Bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında kişilere verilen zarar, kamu görevlisinin görevinde kullandığı yetkilerden ve resmi sıfatından

¹²⁵ Gözler, Age., s.1026., Günay, Age. s.336.

¹²⁶ DANIŞTAY 10.D., “20.04.1989 Tarih, E. 1988/1042 ve K. 1989/857 Sayılı Karar”

ayrılmıyor, aksine bunlarla sıkı sıkıya ilgili ve bağlantılı biçimde doğuyor ise, personel bakımından "görev kusuru" olarak tanımlanan bu kusurun, idare yönünden nesnel nitelik taşıyan "hizmet kusuru" kapsamında idare hukuku esaslarına tabi olduğu, gerek öğretide gerekse yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir. Nitekim, Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına yer verildikten sonra, 129. maddesinin beşinci fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanununun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabileceğine işaret edilmiştir.... Buna göre, kural olarak, kamu görevlisinin görev ve yetkilerini kullandığı sırada doğan zararın giderilmesi istemiyle, görev kusurunu kapsayan hizmet kusuru esasına dayanılarak, idari yargıda ve ancak idare aleyhine dava açılabilir; yargı yerince tazminle yükümlü tutulması halinde idare, ilgili yasa kurallarının gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, sorumlu personeline rücu edebilecektir. Buna karşılık, kamu görevlisinin görev ve yetkilerinden, resmi sıfatından ayrılabilen; başka bir anlatımla, suç biçimine dönüşerek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemlerinin, yukarıda belirtilen Anayasal korumanın dışında kaldığını ve dolayısıyla, doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı şahsi kusuruna dayanılarak adli yargı yerinde tazminat davası açılabilme olanağı bulunduğunu da belirtmek gerekir. Olayımızda, adli yargı yerinde, idarenin kamu görevlisine karşı, tazminatın konusunu oluşturan zararın kamu görevlisinin kasta varan şahsi kusurundan doğduğu iddiasıyla ve doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı dava açıldığı; görülmektedir. Belirtilen duruma göre, şahsi kusuruna dayanılarak doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı açılan tazminat davasının, özel hukuk hükümleri çerçevesinde görülmesi ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu açıktır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır... ”¹²⁷.

Bu düzenlemelerin, yani idarenin kamu görevlisine rücu etmesi yoluyla kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunun kabulü ve rücu mekanizmasının uygulanmasının gerekçesi; memurların görevlerini yerine getirirken ve yetkilerini kullanırken kişisel sorumluluk endişesi ile daha dikkatli ve objektif davranma ihtiyacı duymasını

¹²⁷ YARGITAY HGK., “30.04.2003 Tarih, E. 2003/4-334 ve K. 2003/313 Sayılı Karar”

sağlamak ve zarara uğrayanlara da görevini yaparken haksız ve keyfi muamelede bulunanlara yaptırımlar uygulanmasını temin etme imkanı sağlamaktır. Bu sayede vatandaşların idareye olan güven ve saygısının da korunması amaçlanmıştır¹²⁸. Ancak bu anlamda rücu müessesesinin geçmişte hiç de etkin bir şekilde işletilmediği, günümüzde ise hukuk devleti olma yolunda yaşanan gelişmelere paralel olarak bu yola daha sık başvurulduğu ve bu alanda ilerlemeler yaşandığı görülmektedir.

Kamu görevlisinin doğrudan sorumluluğunu doğuran, yani kendisi aleyhine doğrudan adli yargıda tazminat davasının açılabilirdiği salt kişisel kusurlu olması durumunun, hizmet kusurunun ve kamu görevlisinin kişisel kusurunun (görev kusurunun) hangi hallerde söz konusu olduğu yukarıda ayrıntılı olarak ele alındığından burada bu konuya ayrıca değinilmeyecektir.

2.5. KAMU GÖREVLİSİNE RÜCU EDİLMESİNDE YETKİ SORUNU VE BAŞVURULACAK YÖNTEM

2.5.1. Rücu Yoluna Başvuruda Yetki Sorunu

Kamu görevlisinin kusuru nedeniyle idarenin tazminat ödemeye mahkum edilmesi durumunda kamu görevlisine rücu etmeye yetkili olanın, tazminata mahkum olan idari kurum ve bu idari kurum amiri olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak bu noktada karşılaşılan diğere bir mesele, idarenin rücu hakkını kullanmasının bir takdir hakkının kullanılması mı, yoksa zorunluluk mu olduğuna, diğere bir deyişle bağıli yetki mi, takdir yetkisi mi olduğuna meselesidir. Burada idarenin rücu hakkının dayanağı olan mevzuata bakmak gerekecektir. Anayasanın 40. maddesinde, *“Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır”* ve Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde, *“Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar... Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır”* şeklinde belirtilen rücu hakkının kullanımının bu maddelerdeki “rücu hakkı saklıdır” ibareleri

¹²⁸ Duran, Age., s.62.

nedeniyle takdire bağı olduğu düşünülebilirse de, yine Anayasanın, “*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*” şeklindeki 129/5. Maddesindeki “*kendilerine rücu edilmek kaydıyla*” ibaresinden rücu hakkının bir takdir yetkisi değil bağı yetki olduğu, yani kusurlu personele rücu edilmesinin bir zorunluluk olduğu anlaşılmaktadır¹²⁹. Buna ilişkin çok sayıda yüksek yargı içtihadı mevcuttur. Örneğin Danıştay bir kararında bu durumu şu şekilde açıklamıştır: “...Öte yandan Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açabileceği şeklinde emredici bir kurala yer verilmiş: 5442 sayılı Kanunun 6. maddesinde de valilerin, İçişleri Bakanlığının inhası, Bakanlar Kurulunun kararı ve Cumhurbaşkanının tasdiki ile tayin olunacakları hükme bağlanmıştır. Bu hükümler karşısında, inha makamı olan İçişleri Bakanının harekete geçmemesi halinde Bakanlar Kurulu'nun kendiliğinden karar alamayacağı da dikkate alındığında, davacının ... Valiliğine atanmasına ilişkin 24.7.1995 günlü Bakanlar Kurulu Kararı ile tekrar merkez valiliğine atanmasına ilişkin 29.10.1995 günlü Bakanlar Kurulu Kararında inhada bulunan İçişleri Bakanının kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa hükmü gereği bulunmaktadır. Anayasanın sözü edilen maddesindeki (kendilerine rücu edilmek kaydıyla) ibaresi: kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idare aleyhine açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etme zorunluluğunu ifade etmekte ve bu Anayasal zorunluluk nedeniyle bu gibi hallerde davacıların, dava dilekçelerinde ayrıca ve mutlaka rücu talebinde bulunmaları gerekmektedir.
...¹³⁰.

¹²⁹ Atay, Age., s.586, 749; Evren Altay, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.472.

¹³⁰ DANIŞTAY 5.D., “10.11.1997 Tarih, E. 1995/3611 ve K. 1997/2485 Sayılı Karar”

Yine yakın zamanda kamuoyunda yankı uyandıran aşağıdaki Danıştay kararında bu bağlı yetki olma niteliği, idarenin kendiliğinden rücu mekanizmasını işletmediği durumlarda vatandaşların dahi bunu istemek hakkının olduğu şeklinde daha da geniş yorumlanmıştır; “... Rücu mekanizmasının işletilmesi, kamu kurumunun yetkileri arasında bulunmakla birlikte, idarenin bunu kendiliğinden yapmadığı durumlarda, yurttaşların bunu sağlamak amacıyla idareye başvurularına bir engel bulunmamaktadır. Kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası bir mahkemece hükmedilen tazminat devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması anlamına geleceğinden, her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar, ilgili personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla idareye başvurabilir ve bu başvurularının reddi üzerine de dava açma hakkını kullanabilirler. Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum ödemek zorunda değildir. Belirtilen hukuki durum ve tüm bu değerlendirmeler ışığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1 ve 8. maddelerinin ihlal edilmesi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından hükmedilen ve Devlet tarafından ilgililere ödenen manevi tazminat tutarı konusunda, kişisel kusuru bulunan kamu görevlilerine rücu edilmesini sağlamak amacıyla Bergamalı yurttaşların idareye yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bu davada işin esasının incelenmesi gerekirken, İdare Mahkemesince davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.”¹³¹.

Yukarıda açıklandığı üzere kamu görevlisinin kusuru nedeniyle idarenin tazminata mahkum olması durumunda idarece kamu görevlisine rücu edilmesinin bir zorunluluk olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ancak burada dikkat edilecek nokta idarenin tazminata mahkum olmasında kamu görevlisinin kusurlu olması gerektiğidir. Bu, kamu görevlisinin kişisel kusuru ya da idarenin hizmet kusuruyla birleşen kişisel kusuru olabilir. Yoksa idarenin her tazminata mahkum olduğu

¹³¹ DANIŞTAY 5.D., “03.06.2008 Tarih, E. 2007/7369 ve K. 2008/3234 Sayılı Karar”

durumda bir kamu görevlisine rücu edilmesinin zorunlu olduğunu kabul etmek doğru değildir. Örneğin bir doktorun, ağır durumdaki hastaya devlet hastanesinin teknik yetersizliği nedeniyle gerekli müdahaleyi yapamaması nedeniyle kalıcı sakatlık şeklinde oluşan hastanın zararını, açılan tam yargı davası yoluyla Devletin tazmin etmesini müteakip ilgili doktora, gerekli müdahaleyi yapmadığı gerekçesiyle rücu edilmesinin zorunlu olduğunun kabulü veya bir hakimin soruşturma ve kovuşturma dosyasında mevcut delillere göre hukuka uygun bir şekilde tutuklanmasına karar verdiği bir sanığın, yargılama sonunda beraat etmesi, bilahare sanık tarafından görevli ağır ceza mahkemesinde açılan tazminat davasında 4709 sayılı yasa ile değişik Anayasanın 19/son maddesi ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 141/1-e ve 142. maddeleri uyarınca Devletin tazminat ödemeye mahkum olması durumunda tutuklama kararını veren hakime rücu edilmesinin bir zorunluluk olduğunun kabulü hem hukuka hem de hakkaniyete uygun olmayacaktır.

2.5.2. Rücu Yoluna Başvuruda Uygulanacak Yöntem

Yetkinin bu şekilde belirlenmesinden sonra, mahkeme kararıyla idarenin sorumluluğuna hükmedilen hangi hallerde, kamu görevlisine rücu edileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirlemeyi yapacak olan da kuşkusuz tazmin sorumluluğuyla karşılaşan ilgili idaredir. Bu aşamada Devlet Memurları Kanununun 12. maddesi ve 13. maddesinin son fıkrası gereğince yayımlanmış olan “*Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik*” e bakmak gerekmektedir¹³². Yönetmeliğin 11. maddesinde; “*Memurların görevlerini, kasıt, ihmal veya tedbirsizlik sonucu gereken dikkat ve itina ile yapmamaları sebebiyle zarara uğrayan kişilerin zararları, başvurdukları mahkeme veya makamlarca verilen kararlar uyarınca ilgili kurumlarca karşılanır. Kurumların genel hükümlere göre sorumlu memurlara rücu hakları saklıdır.*” denilmekte, 5. maddesinde ise; “*Bu yönetmelik hükümlerine göre memurlarca tazmin edilecek zararlar: a) Kanun, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile belirlenmiş görevlerini kasıt, ihmal veya tedbirsizlik sonucu gerekli dikkat ve itina ile yapmamaları sebebiyle*

¹³² Atay, Age., s.745 vd.

idarenin veya kişilerin uğradığı zararlar,...” denilmek suretiyle bu yönetmeliğin, konumuz olan rücu yoluyla tazmin edilecek idare zararlarına da uygulanacağı belirtilmiş olmaktadır. Yönetmeliğin 12. maddesine göre memurların ödeyecekleri tazminat borçlarının zamanaşımına uğraması genel hükümlere tabidir. Bu anlamda genel hüküm Borçlar Kanununun 60. maddesindeki, fiil veya zarar verici olayın meydana gelmesinden itibaren 10 yıl içinde olmak kaydıyla zarar gören kişinin, zararı ve faili öğrenmesinden itibaren 1 yıl içerisinde dava açılması gerektiğini belirten hükümdür. Bu hükme göre idarenin, mahkum olduğu tazminatı ödemesinden itibaren 1 yıllık zamanaşımı süresinin başladığının kabulü gerekir.

Yönetmeliğin 7. maddesinin son fıkrası ve 8. maddesi uyarınca memurların 5 inci maddenin (a) fıkrasında tanımlanan kusurlarından doğan zararların miktarı kurum ve kuruluşların en üst yöneticilerinin belirleyeceği iki kişi ile zarara sebebiyet veren memurun ilk amirinden oluşan 3 kişilik bir heyet tarafından tespit edilir. Yönetmelikte belirtilen kritere göre belirlenen miktarı aşan zararlar, genel hükümlere göre sorumlularından sulh yolu ile veya hükmen yani yargı yolu ile tahsil edilir.

Bu maddelerden anlaşıldığına göre kamu görevlisine rücu etmesi idarenin karşıladığı zararın sulh yolu ile yani memur ile idarenin karşılıklı anlaşması ile de gerçekleşebilir. Bu durumda memurun tamamen kendi rızası ve hür iradesi ile tazminatı kabul etmesi gerektiği hususu önemlidir. Bunun aksine memurun maaşından doğrudan kesinti yapılması ya da cebri icra yoluyla zararın tahsil edilmeye çalışılması şeklindeki uygulamalar, hukukta yeri bulunmadığından usulsüz olacaktır. Sulh yolu ile rücu edilmesinde, ilgili idari kurumun kendi iç işleyişine göre belirleyeceği bir usulle idarenin karşıladığı tazminat miktarı kamu görevlisine bildirilerek bu tazminatı idareye ödeyip ödemeyeceği sorulur, kamu görevlisi kabul eder ve öderse rücu işlemi gerçekleşmiş olur. Kabul etmezse ve bu nedenle sulh yolu ile rücu işlemi gerçekleşmezse, idarenin ilgili kamu görevlisi aleyhine genel hükümlere göre adli yargıda dava açma yoluna gitmesi gerekecektir.

Bu noktada şu soruyu sormak gerekir; İdarenin kamu görevlisine rücu etmesi aşamasında kamu görevlisinin kusurlu olup olmadığı ve onun kusurundan kaynaklanan zarar miktarı neye göre belirlenecektir? İdarenin kişilerin zararını tazmin ettiği durumlarda özellikle mahkeme kararının gerekçesinden ilgili kamu görevlisinin de kusurunun bulunduğu anlaşılıyorsa rücu müessesesinin işletilmesi

daha önce de belirtildiği üzere bir zorunluluktur¹³³. Bu durumda zarar miktarı da mahkeme kararında belirtilmiş olacağından rücu yoluyla istenecek tazminatın miktarının sorun olamayacağı düşünülebilir. Ancak daha önce de açıklandığı gibi hizmet kusuru ve kişisel kusur çoğu zaman birlikte ve hatta iç içe bulunabilmektedir¹³⁴. Yani kişilerin zararı, memurun kişisel kusurunun yanında idarenin yapısal sistemindeki bozukluktan veya düzgün işlememesinden, personelini seçme, eğitme ve denetleme görevini gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklanmış olabilir. Bu tür bir durumda yukarıda bahsedilen yönetmeliğin 7. ve 10. maddeleri uyarınca ilgili idari kurum amirlerince zarar miktarının tespitine ilişkin usul yerine getirildikten sonra bu zararın sulh yolu ile, olmazsa yargı yolu ile kamu görevlisine rücu edilerek tazmin edilmesi gerekliliğın ötesinde yasal bir zorunluluktur.

2.6. KAMU GÖREVLİSİNE RÜCU EDİLMESİNDE BAŞVURULACAK YARGI YOLU VE UYGULANACAK HÜKÜMLER

2.6.1. Yargı Yolu

Kamu görevlisinin idare edilenlere verdiği zarardan dolayı, idarenin tazminata mahkum edilmesi durumunda daha önce ayrıntılı olarak açıklandığı üzere idare memura rücu edebilecektir. Memurun kişisel kusurundan (görev kusurundan) dolayı idarenin vatandaşlara ödediği tazminatı memurdan ‘rücu yoluyla’ geri alabilmesi için idarenin memura karşı adli yargı mercilerinde dava açması gerektiği hususunda uygulama birliği ve doktrinde genel kabul vardır. Bunun dayanağı 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 12/3. maddesindeki; “*Zararların ödettilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır*” hükmü ile, 13/1. maddesindeki “*Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*” şeklindeki hükmüdür. Bununla beraber aksi yönde bir görüş ise; idarenin kamu görevlisine rücu etmek için dava açmak zorunda olmadığı, ödediği tazminatın tahsili için kamu görevlisine karşı cebri icra yoluna gidebileceği, bunun için idarenin kamu görevlisine bir ödeme emri gönderebileceği, kamu görevlisinin bu ödeme

¹³³ Atay, Age., s.749.

¹³⁴ Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, s.292; Günday, Age., s.327.

emrine karşı çıkmak istiyorsa idare mahkemesinde dava açabileceği yönündedir¹³⁵. Yine aksi yönde olan bir görüş de, rücu sorununu çözmeye idari yargı yerlerinin yetkili olduğunu savunmaktadır¹³⁶. Benzer bir görüş, 657 sayılı Kanundaki “*genel hükümler*” den kastın idare hukuku ilke ve esasları olduğunu, rücu mekanizmasının; öncelikle idarenin sorumlu personele karşı rücu hakkını kullanmak için bir karar alması, -bunun idari bir işlem olacağı-, bilahare ilgili kurumun görev kusuru bulunan personele rücu kararını tebliğ etmesi, buna karşı kamu görevlisinin süresi içinde idari yargı yerinde iptal davası açma hakkının bulunması şeklinde olacağını savunmaktadır¹³⁷. Bunun yanında uygulamada idarenin kendiliğinden, doğrudan memurun maaşından kesinti yaparak rücu yoluna başvurduğu da görülmektedir.

Kanaatimizce bu yöntem usule aykırıdır, zira hukuk sistemimize göre; idarenin yerine getirebileceği her işlem ve tasarrufun yasalarda belirlenmiş olması gerekmektedir. İdare, yasalarla açıkça yetkili kılınmadıkça hiçbir işlem veya eylemde bulunamaz. Bu itibarla idarenin, memurun davranışı nedeniyle ödediği tazminatı re’sen, memurun maaşından kesinti yaparak alabileceğine dair herhangi bir yasal düzenleme mevcut olmadığından, idarenin kamu görevlisine rücu etmesi, adli yargı mercilerinde tazminat-rücu davası açması şeklinde olabilecektir. Yine aynı gerekçeyle idarenin doğrudan kesinti yapmayıp ödeme emri göndermek yoluyla cebri icra yoluna gitmesinin de yasal dayanağının bulunmadığı ve bu yöntemin de hukuka uygun olmadığı görüşünderiz. Ancak tüm bu durumların dışında, ödenen tazminatın “Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik” te belirlenen usulün takip edilmesi neticesinde, ilgili kamu görevlisinin idareye kendi rızası ve iradesiyle ödeme yapması yoluyla sorunun çözüme kavuşturulması mümkündür. Bu yolun işletilmesi, kamu görevlisinin kusuruyla oluşan her zararın idarece tazmini durumunun yargı önüne gitmesini önleyecektir.

¹³⁵ Günday, Age. s.547.; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, s.209.; Atay, Age., s.586.; Gözler, Age., II, s.1040.

¹³⁶ Özay, Age., s.870.

¹³⁷ Duran, Age., s.113.

2.6.2. Rücu Hakkının Kullanılmasıyla Açılan Tazminat Davalarında Uygulanacak Hükümler

2.6.2.1. Rücu Hakkının Kullanımı Yönünden

Rücu hakkının konusu olan tazminat davalarında, yukarıda açıklandığı üzere idarenin kamu görevlisine rücu etmesini düzenleyen ilgili yasaların genel hükümlere atıf yapmış olmaları nedeniyle Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Borçlar Kanununun genel hükümler kapsamındaki 41' inci maddesi, kusura dayanan sorumluluğu esas almıştır. Bu nedenle kusur unsuru üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır. Bilindiği gibi her haksız fiil durumu kusurun bulunduğu anlamına gelmemektedir. Konumuz olan idarenin kamu görevlisinin eyleminden dolayı sorumluluğu için kamu görevlisinin haksız fiilinin bulunması yeterli olmayıp, kusurlu da olması gerekmektedir. Dolayısıyla kusur varsa sorumluluk da vardır, kusur yoksa sorumluluk da yoktur. Bu itibarla kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu ve idarenin bu nedenle kişilere tazminat ödediği durumlarda açılan rücu davalarında, kamu görevlisinin sorumluluğu Borçlar Kanununun 41 vd. maddelerinde düzenlenen kusura dayalı haksız fiil esaslarına göre yani genel hükümlere göre olacak, görevli yargı yolu da doğal olarak genel hükümlere göre yargılama yapmakla yetkili adli yargı mercileri olacaktır¹³⁸.

Bilindiği gibi Borçlar Hukuku alanında genel olarak haksız fiilden kaynaklanan rücu hakkı Borçlar Kanununun 50. ve 51. maddelerine dayanmaktadır. BK. 50. madde hükmü, aynı zarardan dolayı birden fazla kişinin birlikte müteselsil sorumlu tutulmalarını birden fazla kişinin ortak kusurlarıyla zarara birlikte sebebiyet vermiş olmaları koşuluna bağlamıştır. Doktrinde eksik teselsül olarak değerlendirilen BK. 51/II madde hükmü ise bundan farklı olarak, aynı zarardan dolayı birden fazla kişinin birlikte müteselsilen sorumlu tutulmalarını, birden fazla kişinin bu zarardan dolayı ortak kusurları nedeniyle değil değişik hukuksal nedenlerle sorumlu olmalarına bağlamıştır. Burada müteselsilen sorumlu tutulan kişilerin sorumluluklarının sebepleri farklı hukuksal nedenlere dayanmaktadır. BK. 51. maddeye dayanan eksik müteselsil sorumluluğun hukuksal sebepleri maddedeki sıralamaya göre; haksız fiil, kanun ve sözleşme şeklindedir. BK. 50 madde hükmü,

¹³⁸ Günday, Age., s.327.

müteselsil sorumlu olan kişilerden birinin zararı tazmin etmesi halinde, diğerlerine rücu hakkını kusur oranına bağlamıştır. BK. md. 51 hükmü ise, müteselsil sorumlu olan kişilerden birinin zararı tazmin etmesi halinde, diğerlerine rücu hakkını belli bir sıraya bağlamıştır. Bu sıralama; kanundan dolayı sorumlu tutulan kişi, sözleşme nedeniyle sorumlu kişi ve haksız fiil nedeniyle sorumlu tutulan kişi şeklindedir¹³⁹. Buna göre; haksız fiil nedeniyle sorumlu kişi zararı tazmin etmişse kimseye rücu edemeyecek, sözleşme nedeniyle sorumlu kişi zararı tazmin etmişse haksız fiil failine rücu edebilecek olup kanundan dolayı sorumlu kişiye rücu edemeyecek, kanundan dolayı sorumlu kişi zararı tazmin etmişse, sözleşme nedeniyle sorumlu kişiye ve haksız fiil failine rücu edebilecektir. Bu çalışma bağlamında konuyu ele alacak olursak, idare de açacağı rücu davasında bu konudaki özel düzenlemeler olan Anayasanın 40/3, 129/5 ve 657 sayılı kanununun 13. maddelerinin yanında, genel hükümler olarak eksik teselsül kapsamında BK.'nın 51/2. maddesi ve 51/1. maddesinin yollamasıyla 50/1. maddesine dayalı olarak rücu hakkını kullanabilecektir. Evet konumuz olan kamu görevlisinin kişisel kusurunun bulunduğu durumlarda idare genelde, haksız fiil nedeniyle doğrudan zarar veren durumunda olmadığından BK. md. 51'de sayılan sorumluluk sebeplerinden olan, kanundan (Anayasa md. 40/3, md. 125/son, md. 129/5, 657 s.k 13. madde) kaynaklanan sorumluluk kapsamında sorumlu olmakta, bununla beraber yine ilgili yasalardaki amir hükümler nedeniyle idarenin öncelikle sorumluluğu söz konusu olmakta, yani sonrasında kamu görevlisine rücu edilmesini gerektiren kişilerin zararının tazmini hallerinde müteselsil sorumluluk değil ilgili yasa hükümleri gereğince idarenin özel bir şekilde öncelikle sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bilahare idarenin kişisel kusuru ile zarar verene karşı rücu hakkı, özellikle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinde yer alan “...Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.” şeklindeki hükmünde belirtilen genel hükümler itibarıyla müteselsil sorumlulukta rücu hakkını düzenleyen Borçlar Kanununun 51. maddesinin yollamasıyla 50. maddesine dayanmaktadır.

Bu noktada çözümü gereken bir sorun, rücu ilişkisine konu olan zararın hem kamu görevlisinin kişisel kusurundan, hem de idarenin hizmet kusurundan ileri

¹³⁹ Eren, Age., s.817.

gelmiş olması durumunda açılan rücu davasında hakimin ne şekilde ve hangi hükme dayanarak davacı idare ve davalı kamu görevlisi arasındaki sorumluluk oranlarını, dolayısıyla ne oranda tazminata hükmedileceğini belirleyecektir. Bu sorun, cevabını Borçlar Kanununun 43 ve 44. maddelerinde bulmaktadır. 43. maddeye göre Hakim zarara konu olan ve idarenin sorumluluğunu gerektiren olayın oluş şeklini ve kusurun (kamu görevlisinin kişisel kusurunun) ağırlığını dikkate alarak tazminatın kapsamını belirleyecektir. 44. maddeye göre ise zarar gören kendi fiili ile zararın oluşumuna veya artmasına yardım etmişse ve zarara sebep olan kişinin durumunu ağırlaştırmışsa tazminat miktarını indirebileceği gibi tazminata hükmetmekten tamamen sarfınazar da edebilir. Yani bu maddeleri konumuza uyarlısak; hakim öncelikle idarenin sorumluluğunu gerektiren olayın oluş şeklini ve kamu görevlisinin kişisel kusurunun ağırlığını dikkate alarak tazminatın kapsamını belirleyecek, yine zarar gören konumundaki rücu davasını açan idare, eğer zararın oluşumuna veya artmasına kendi hizmet kusuru ile sebep olmuşsa Hakim tarafından tazminat miktarında indirim yapılabileceği gibi tazminat talebinin tamamen reddine de karar verebilecektir.¹⁴⁰ Bu hususta konuya dolaylı olarak ışık tutacak bir Yargıtay içtihadı şu şekildedir: “... *Davalının diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, rücu tazminat istemine ilişkindir. Dava dışı polis memurlarının davalı ve dava dışı kişiler tarafından yaralanması nedeniyle 2330 sayılı yasaya göre ödenen miktarın rücu tahsili istenmektedir. Dosyadaki kanıtlara göre polis memurlarının yaralanmasına neden olan haksız eylemin birden fazla kişi tarafından işlendiği anlaşılmaktadır. Davacı tarafından kendilerine ödeme yapılan güvenlik görevlilerinin uğradığı zarar, davalının çocuğu Neşe T. dışındaki diğer kişilerin de eyleminden kaynaklanmaktadır. Davacı idare, elde ki bu dava ile zarar gören güvenlik görevlilerine ödediği tazminatın rücu ödemesini sadece davalı Neşe T.'tan istemektedir. Zarar, birden fazla kişinin eyleminden kaynaklandığına göre davalının tüm zarardan sorumlu tutulması, yasaya ve rücu davasının niteliğine uygun değildir. Şu durumda mahkemece davalının, zararın oluşmasındaki kusur oranı belirlenerek bu miktar üzerinden tazminata karar verilmesi gerekirken davalıyı zararın tamamından*

¹⁴⁰ Kılıçoğlu Age., s.309 vd.

sorumlu tutacak şekilde hüküm kurulması doğru değildir. Karar bu nedenle bozulmalıdır...”¹⁴¹.

Bu noktada daha önce değindiğimiz kamu görevlisinin salt kişisel kusurunun bulunduğu zarar durumuna rücu hakkının kullanımı yönünden arz ettiği farklılık nedeniyle yeniden değinmekte yarar bulunmaktadır.

Kamu görevlisinin salt kişisel kusuru ile idarenin hizmet kusurunun birlikte bulunduğu hallerde bir anlamda eksik teselsülün bulunduğunu söyleyebiliriz. Zira kişinin zarara uğradığı olayda hem idare hizmet kusuru ile, hem de kamu görevlisi salt kişisel kusuru ile aynı zararın oluşumuna birlikte sebebiyet vermişlerse, zarara uğrayan BK md 51’in yollamasıyla md. 50 uyarınca tazminatı birbirinden bağımsız sebeplerle, ister BK. md. 41 ve md 142’ye dayanarak salt kişisel kusurlu personelden, isterse de Anayasanın 40/3 ve 125/son madde ve fıkralarına dayanarak hizmet kusuru bulunan idareden isteyebilir. Bu durumda kamu görevlisinin adli yargıda açılan dava sonucunda zararı ödemesi halinde idareye rücu hakkı olmayacak, idarenin ise zararı tazmin etmesi halinde görevliye onun kusuru oranında rücu hakkı olacaktır¹⁴². Ancak adli yargıda dava açılması durumunda hakimin, salt kişisel kusur ile birlikte hizmet kusuru bulunup bulunmadığını araştırması ve davalıyı yalnızca kendi kusuru oranında sorumlu tutması gereklidir.

Evet, işte bu gibi hallerde zarara uğrayanın ister kamu görevlisi aleyhine görevlinin salt kişisel kusuruna dayanarak adli yargıda tazminat davası, ister idare aleyhine idarenin hizmet kusuruna dayanarak idari yargıda tam yargı davası açma hakkı vardır. Görülüyor ki böyle bir durumda Anayasanın 40/3 ve 129/5. maddeleri ile 657 sayılı yasanın 13. maddesinin uygulanma olanağı yani zararı tazmin etme sorumluluğunun öncelikle idareye verilmesi hali bulunmamaktadır. Bu durumda müteselsil sorumluluk söz konusudur. Ancak daha önce değinildiği gibi buradaki teselsül BK. 51. maddede düzenlenmiş olan eksik teselsüldür. Yani zarara uğrayan hem idareden hem de kamu görevlisinden zararın tamamını talep edebilir. Bu durumda yargı yollarının ayrı olması teselsül ilişkisinin oluşumuna engel değildir. Zira bu husus yalnızca taraflardan birinin özel durumundan (idarenin özel yargı usulüne tabi olmasından) kaynaklanmakta ancak tazminat talebinde bulunulabilmesi

¹⁴¹ YARGITAY 4. H.D., “24.01.2005 Tarih, E. 2004/6675, K. 2005/298 Sayılı Karar”

¹⁴² Tekinay – Akman – Burcuoğlu - Altop, Age., s.709, s.710.

açısından herhangi bir farklılık arz etmemektedir. Zarara uğrayanın zararı karşılandıktan sonra ise eksik teselsülün bir özelliği olarak BK md 51/2 uyarınca idarenin kamu görevlisine rücu hakkı doğacak, ancak salt kişisel kusurlu görevli idarenin hizmet kusuru bulunduğu iddiasıyla idareye rücu edemeyecektir.

2.6.2.2. Kusurlu Kamu Görevlisinin Tespiti ve Davanın İspatı Yönünden

Zarara sebep olan kamu görevlisinin tespiti iki şekilde söz konusu olur. Birincisi, idare tarafından mahkeme kararıyla ödediği tazminatın konusunu oluşturan zararlar ilgili açılacak idari soruşturma sonunda kusurlu ve sorumlu olan kamu görevlisi tespit edilecek ve daha önce açıklanan usulde zarar miktarı tespit edilerek rücu yoluna gidilecektir¹⁴³. İkincisi, kamu görevlisinin eylemi aynı zamanda suç teşkil ediyorsa, onun aleyhine açılacak olan ceza davasının sonunda ilgili personelin kusurlu olup olmadığı da tespit edilmiş olacaktır. Eğer idare tarafından daha önce disiplin soruşturması açılmamış, dolayısıyla da zarardan hangi kamu görevlisinin sorumlu olduğu tespit edilmemiş ise ceza davasının sonucunda verilen mahkumiyet kararı suçlu bulunan kamu görevlisi aleyhine doğal olarak rücu davası açılmasını da zorunlu kılacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki ceza davası sonunda verilen beraat kararı idarenin rücu hakkı yönünden beraat eden kamu görevlisi lehine kesin hüküm ve delil teşkil etmez. Kamu görevlisinin eylemi suç olmasa dahi idari yönden soruşturmayı ve sorumluluğu gerektiren bir eylem olabilir. Yine beraat kararından sonra, yargılamanın yenilenmesini gerektiren bir durum söz konusu olabilir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Devletin tazminat ödemeye mahkum edildiği bir olayda işkence veya kötü muamele yaptığı suçlamasıyla hakkında dava açılan bir polis memuru beraat etmiş olabilir. Ancak daha sonra yargılamanın yenilenmesini gerektiren hallerin ortaya çıkması durumunda söz konusu kamu personeli yeniden yargılanıp mahkum olabilir ve bu durumda 657 sayılı yasanın 13/2. maddesi uyarınca idarenin ilgili kamu görevlisine rücu hakkı doğar.

İlgili idare tarafından, kamu görevlisinin kusuru nedeniyle tazminat ödenen durumlarda açılan rücu davalarında “zarar meydana geldiğini iddia edenin iddiasını ispat etmesi gerekmektedir” anlamındaki BK.’nin 42. maddesi ve “herkes iddiasını

¹⁴³ Ayrıntılı bilgi için Bkz., ss.52-53.

ispatla mükelleftir” şeklindeki Türk Medeni Kanununun 6. maddesi hükümleri uyarınca tazminat talebine konu olan zararın ispatı gerekmektedir¹⁴⁴. Yani bu durumda ispat yükümlülüğü memurun kişisel kusuru ile verdiği zararı tazmin etmek suretiyle zarara uğradığını öne süren idareye aittir. Bu ispat yükümlülüğünün içine; kişilerde zararın meydana geldiğinin, kamu görevlisinin eylemi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının yani sebep sonuç ilişkisinin bulunduğu ve nihayet kamu görevlisinin kişisel kusuru (görev kusuru) bulunduğu ispatının girdiği söylenebilir. Kusurun ağırlığının belirlenmesinde teknik uzmanlık gerektiren konularda bilirkişi görüşü de alındıktan sonra Hakim takdir yetkisine sahiptir. Bunun yanında yine B.K.’nun 42. maddesi uyarınca, zararın miktarının tam olarak tespit edilemediği durumlarda da Hakim 42. maddedeki ölçütler dikkate alınmak suretiyle adalet ve hakkaniyete uygun olarak zarar miktarını tayin eder. Bu hususta B.K.’nun 42. maddesi Hakime zararın miktarını takdir ederken iki ölçüt kullanmasını emreder. Birincisi “halin mutad cereyanını göz önünde tutması” yani zarar verenin fiilinin mahiyeti, cereyan ettiği yer, çevre vb. şartların dikkate alınması, ikincisi, zarar görenin aldığı tedbirlerin göz önünde tutulmasıdır¹⁴⁵. Son olarak bu hususta, idarenin, kamu görevlisinin zarar verici eylemi sonucu tazminat ödediğini, ayrıca kamu görevlisi ile aralarındaki hizmet ilişkisini ispat etmesi gerektiği söylenebilir.

Buraya kadar olan aşamalarda; sorumluluğun genel prensiplerini, idarenin sorumluluğunun genel esaslarını, genel olarak rücu hakkını ve nihayet kamu görevlisinin kusuru ile kişilere verdiği zararlardan dolayı Devletin sorumluluğunun doğmasını müteakip ortaya çıkan Devlet ile kamu görevlisi arasındaki rücu ilişkisini ele aldıktan sonra, bu aşamada konunun somutlaştırılması için Devletin kamu görevlisine rücu etmesine örnek olarak, sağlık kamu hizmeti nedeniyle idarenin sorumluluğu ve sağlık personeline rücu edilmesi durumu ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılıktan ötürü idarenin sorumluluğu ve görevliye rücu konusu incelenecektir.

¹⁴⁴ Karşlı, Age., s.142.

¹⁴⁵ Tekinay – Akman – Burcuoğlu - Altop, Age., s.580.

2.7. İDARENİN KAMU GÖREVLİSİNE RÜCU ETMESİNE ÖRNEK BAZI ÖZEL DURUMLAR

2.7.1. Sağlık Kamu Hizmeti Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Sağlık Personeline Rücu Edilmesi

2.7.1.1. Genel Olarak Sağlık Kamu Hizmeti Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu

Sağlık kamu hizmeti, Devletin genel olarak yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetleri içerisinde insan sağlığı gibi çok önemli bir alanı ilgilendirmesi, çok geniş ve sık uygulama alanına sahip olması ve nihayet ‘kusur’ ve ‘zarar’ durumlarının gerçekleşmesi hususlarında büyük risk taşıması nedeniyle bu çalışma konusunun somutlaşması ve daha iyi anlaşılabilmesi açısından özellikle açıklanması ve değerlendirilmesi gereken bir başlıktır.

Bilindiği gibi daha önce genel olarak *“siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen, ifası sırasında kamu gücünden kaynaklanan üstünlük ve ayrıcalıklar kullanılan, kişilerin ihtiyaçlarının belirlenmesi ve giderilmesine yönelik sürekli yapılması gereken faaliyetler”*¹⁴⁶ şeklindeki tanımını benimsediğimiz kamu hizmeti, özellikleri itibariyle doğal olarak sağlık kamu hizmetini de içine almakta, dolayısıyla sağlık alanında bu tanıma göre yapılması gerekenler idarenin bir yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hususta, konunun önemine binaen Anayasada özel olarak ayrıca düzenleme yapılmış olup, Anayasanın 56. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, *“Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini geliştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler”* şeklindeki ve aynı maddenin 4. fıkrasında yer alan, *“Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal yardım kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir”* şeklindeki hükümler ile Devletin sağlık alanındaki görevleri ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Devletin bu görevlerini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi durumunda idarenin hizmet kusuru söz konusu olacak ve sorumluluğu gündeme gelecektir. Bununla

¹⁴⁶ Günday, Age., s.285; E. Ethem, Atay, Age., s.480.

beraber somut gerçek bir kişiliği bulunmayıp, soyut tüzel kişiliği mevcut olan idarenin işlevleri gerçek kişiler, yani kamu görevlileri tarafından yürütüldüğü için ve hizmet kusurunu meydana getiren unsur esas itibariyle kamu görevlilerinin tutum ve davranışları olduğu için, sağlık kamu hizmetini yürüten idarenin sorumluluğu da kamu görevlisi sağlık personelinin idareye ve yürüttüğü hizmetlere ilişkin ve görevinden dolayı gerçekleştirdiği eylemleri ile ortaya çıkan kusurlu davranışlarından, hizmet kusuru ilkesi uyarınca oluşan sorumluluktur¹⁴⁷.

2.7.1.2. Sağlık Kamu Hizmetinden Kaynaklanan İdarenin Sorumluluğu Nedeniyle Sağlık Personeline Rücu Edilmesi

Yukarıdaki başlıkta yapılan açıklamalar da göz önünde tutularak sağlık hizmetlerinde sorumluluk konusunda üçlü bir ayırım yapılabilir. Birinci halde, sağlık personelinin görev ve yetkisinden açıkça ve kolayca ayrılabilen salt kişisel kusurlu eylemlerinden meydana gelen zararlardan bizzat sorumluluğu söz konusudur. Örneğin doktorun hastasına uyguladığı tedavide veya yaptığı muayene sonucu koyduğu teşhiste ceza sorumluluğunu da doğurabilecek şekilde çok açık bir özensizlik veya ihmâl sonucu hastanın zarara uğramasına sebep olunması durumunda doktorun salt kişisel kusuru söz konusudur ve böyle bir durum söz konusu olduğunda daha önce de açıklandığı üzere zarara uğrayanın, ister görevli aleyhine salt kişisel kusuruna dayanarak adli yargıda tazminat davası, ister idare aleyhine idarenin hizmet kusuruna dayanarak idari yargıda tam yargı davası açma hakkı vardır. İkinci halde kusur yine sağlık personelinin bir eyleminden meydana gelmekte ve fakat personele yüklenemeyen ve ona özgülenemeyen, hizmetin kuruluşu ve işleyişindeki kusurdan yani hizmetin kötü işlemesi şeklindeki hizmet kusurundan kaynaklanan bir zarar söz konusudur ve bu durumda idari yargı alanındaki hizmet kusuru esaslarına göre hizmeti gereği gibi yerine getirmekle yükümlü olan idare sorumlu olmaktadır¹⁴⁸. Örneğin bir doktorun bir hastayla ilgili herhangi bir ihmâl, dikkatsizlik, özensizlik ve tedbirsizlik olmadan teşhis hatası yapması şeklindeki kusurlu eylemi bizzat hukuka

¹⁴⁷ Gürsel, Kaplan, "İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler", *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı 19, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İnternet Sitesi, Erişim Tarihi: 11.03.2010, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=62; Gözler, Age., II, s.977.

¹⁴⁸ Çağlayan, Age., s.273.

aykırı bir eylem değildir. Burada zarara asıl neden olan belki doktorun teşhisi doğru yapmasını sağlayacak teknik imkanların (M.R, Ultrasonografi cihazları vb.) sağlanmaması, belki tıp alanında sürekli yenilenen ve gelişen bilgiler ile teşhis ve tedavi yöntemlerine yönelik meslek içi eğitim olanaklarının sağlanmaması şeklindeki hizmet kusurudur. Bu halde kamu görevlisinin kişisel kusuru (görev kusuru) bulunmadığından, Devletin hizmet kusuru nedeniyle tazminatla sorumlu tutulduktan ve zararı giderdikten sonra kamu görevlisine rücu etmesi de söz konusu olmayacaktır. Üçüncü halde yine sağlık personelinin eyleminden bir zarar doğmakta fakat bu durumda kamu görevlisi olan sağlık personelinin salt kişisel kusuru değil kişisel kusuru (görev kusuru) mevcut olduğundan kamu görevlisinin sorumluluğu mevcut olmakla birlikte bu sorumluluk doğrudan zarar gören kişiye karşı değil, Anayasanın 129/5. ve 657 sayılı yasanın 13. maddeleri uyarınca öncelikli olarak sorumlu olan idareye karşı ve idarenin rücu yoluna başvurusu halinde ortaya çıkan dolaylı bir sorumluluktur. Örneğin bir doktorun veya hastanedeki bir idari personelin muayene için bekleyenleri sıraya göre değil de, kişisel yakınlık gözeterek muayene odasına almaları ve bu tutumdan hastaların maddi veya manevi zarara uğraması halinde söz konusu kamu görevlisinin yetkilerini kullanırken işlediği bir görev kusuru mevcuttur. İşte bu nedenle açılacak tazminat davası ancak idare aleyhine açılabilir, idare tazminat ödemişse kusuru bulunan kamu görevlisine rücu edecektir¹⁴⁹.

Bu noktada, yerleşik Yargıtay içtihatlarını da dikkate alarak tekrar belirtmek gerekir ki, ilk derece mahkemeleri, vatandaşlar tarafından kamu görevlisi aleyhine açılan tazminat davalarında yargılamanın hemen başında davanın idare aleyhine açılması gerektiğinden ve görevli mahkemenin idare mahkemesi olduğundan bahisle görev ve husumet yönünden red kararı vermemeli, davacının dava dilekçesinde kamu görevlisinin salt kişisel kusuruna dayanmış olması söz konusuysa öncelikle davalının salt kişisel kusurunun bulunup bulunmadığı yönünde işin esasına girerek inceleme yapmalı, eğer davalı kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilir salt kişisel kusuru bulunmayıp görev kusuru söz konusuysa görevsizlik kararı vermeli, fakat salt kişisel

¹⁴⁹ Günday, Age., s.329, s.547.

kusur mevcutsa kusurlu olan görevli, kusuru oranında tazminat ödemeye mahkum edilmelidir¹⁵⁰.

Bu konuda son olarak belirtmek gerekir ki, görevle hiçbir bağı bulunmayan, görevden, yetkiden, hizmet araç ve gereçlerinden tamamen ayrılabilen, çoğunlukla da suç teşkil eden eylem ve işlemlerden meydana gelen zararlardan kuşkusuz ki kamu görevlisinin kendisi doğrudan sorumludur. Örneğin doktorun hastasına hakaret etmesi durumunda tazminat hukuku yönünden yalnızca hasta ile doktor arasında, Borçlar Kanunu çerçevesinde bir haksız fiil sorumluluğu söz konusudur¹⁵¹. Bu kusur çeşidini yukarıda değindiğimiz salt kişisel kusur ile karıştırmamak gerekir, zira salt kişisel kusurda “idare nam ve hesabına hareket eden bir kamu görevlisinin idareye atıf ve izafe olunacak yerde, doğrudan doğruya kendi şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu intaç eden hukuka aykırı eylem ve işlemleri belirgindir ve burada kamu görevlisi zarar doğurucu eylemini kamusal görevin yerine getirilmesi saiki ile ancak salt kişisel kusuru ile işlemiştir”¹⁵².

Konuyu somutlaştırmak için genişçe ele aldığımız “sağlık kamu hizmeti nedeniyle idarenin sorumluluğu ve sağlık personeline rücu edilmesi” örneğinde değinilen prensipler temelinde, idarenin tüm katmanlarındaki kamu görevlilerinin sorumluluğu ve bu görevlilere idarece rücu edilmesi söz konusudur. Örneğin polis memurunun adli bir vakaya müdahale ettiği sırada kendisine direnen şahsa karşı güç kullanma yetkisinin sınırlarını aşması durumunda veya bir vergi dairesine vergisini yatırmak için gelen vatandaşın, bir memur tarafından gereksiz yere ve çeşitli bahanelerle günlerce bekletilerek cezalı vergi ödemesine neden olunması durumunda ya da bir üniversitede basit bir öğrenci belgesi almak isteyen öğrenciye öğrenci işlerinde görevli memur tarafından yine gereksiz bahanelerle bu belgenin zamanında verilmemesi suretiyle o öğrencinin kredi veya burs almak imkanından mahrum olmasına neden olunması durumunda, hep söz konusu kamu görevlilerinin kişisel (görev) kusurlarından doğan zararlardan idarenin sorumluluğu ve yine idarece kusurlu kamu görevlisine rücu edilmesi gündeme gelecektir.

¹⁵⁰ YARGITAY 4. H.D., “28.03.2006 Tarih, E. 2005/1946, K. 2006/3385 Sayılı Karar”; Yargıtay HGK., “29.03.2006 Tarih, E. 2006/4-86, K. 2006/111 Sayılı Karar”; YARGITAY 4. H.D., “1102.2002 Tarih, E. 2002/1072, K. 2002/102 Sayılı Karar”

¹⁵¹ Çağlayan, Age., s.273.

¹⁵² YARGITAY HGK., “26.09.2001 Tarih, E. 2001/4-595 ve K. 2001/643 Sayılı Karar”

2.7.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Aykırılıktan Dolayı İdarenin Sorumluluğu ve Kusurlu Kamu Personeline Rücu Edilmesi

2.7.2.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümlerinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı

Türkiye'nin 1954'ten bu yana taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, içeriğinden çok, ortak güvence sistemine dayanan bir uluslararası yargısal denetim mekanizması tesis etmesi, bireye sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlaması ve bireyi uluslararası hukukta hak sahibi haline getirmesi dolayısıyla, uluslararası insan hakları hukukunda özel bir yere sahiptir¹⁵³.

Uluslararası anlaşma ve sözleşmelerin Türk Hukukundaki yeri hususunda 1982 Anayasası iki esas getirmiştir. Bunlardan ilki, uluslararası anlaşmaların kanun gücünde olduğu, ikincisi de uluslararası anlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğidir (1982 Anayasası md. 90/son). Uluslararası antlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı belirtildiğine göre, normlar hiyerarşisi yönünden uluslararası antlaşmaların, diğer kanunların üstünde bir statüye sahip oldukları söylenebilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1. maddesiyle sözleşmeyi imzalayan ülkelerin, yetki alanları içinde bulunan herkese hak ve özgürlüklerin sağlanmasını zorunlu hale getirmiştir. Bu yükümlülüğü nasıl yerine getirecekleri devletlere bırakılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye tarafından imzalanmakla iç hukukumuzun parçası haline gelmiş, ulusal mahkemeler ve bütün kamu otoriteleri için bağlayıcı bir nitelik kazanmıştır.¹⁵⁴

AİHS'nin 34. maddesi ile; *"Sözleşmede ve Protokollerde beyan edilen haklarının bir Sözleşmeci Devlet tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu iddia eden bireylerin, hükümet dışı örgütlerin ve birey topluluklarının"* mahkemeye başvurması imkanını içeren 'bireysel başvuru' yolu getirilmiştir. Dolayısıyla Sözleşmede yer alan haklarından birisinin ihlal edildiğini düşünen kişi öncelikle iç hukuktaki başvuru yollarını tükettikten sonra, yani ilgili devletin idari

¹⁵³ Feyyaz Gölcüklü - Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 11.

¹⁵⁴ Rıza Türmen: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuzda Etkileri", Anayasa Mahkemesi'nin 38. kuruluş yıldönümü dolayısıyla düzenlenen panel, s. 33, Erişim Tarihi: 04.05.2010, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/turmen.pdf

organları ile yargı mercilerine yaptığı müracaatlar sonucunda ihlal edilen hakkının eski hale iadesi veya zararının tazmini sağlanmadığı takdirde, AİHS'nin 19. maddesi uyarınca, hakkı ihlal edilen kişinin yaptığı başvuru üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devreye girecektir¹⁵⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre insan hakları ihlali ancak devletler tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Sözleşme gereği, taraf devlet, tüm organlarının Sözleşme'ye aykırı tutum ve davranışlarından dolayı sorumludur. Bu sorumluluk devletin, yasama, yargı, ve yürütme organlarını, yani parlamento tasarruflarını, mahkemelerin idari ve yargısal faaliyetlerini ve idarenin tüm kurum ve kuruluşlarını kapsar. Yani Sözleşme'nin muhatabı yalnız siyasi iktidarlar ve bürokratik merciler değil bir başka deyişle, Sözleşme'nin bağlayıcılığı yalnız belli idari kurumlar açısından değil, devleti oluşturan tüm organların faaliyetleri açısından geçerlidir. Herhangi bir ulusal işlemle Sözleşmenin hükümlerinden birinin ihlal edildiği AİHM tarafından tespit edildiğinde davalı devlet söz konusu mahkeme kararının gereğini (mevzuat değişikliğini gerektirse dahi) yerine getirmek durumundadır. Öyle ki değiştirilmesi gerekli olan kural anayasa hükmü olsa bile bu durum değişmeyecektir¹⁵⁶.

2.7.2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Aykırılıktan Ötürü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Doğan Devletin Sorumluluğu ve Kusurlu Kamu Görevlisine Rücu Edilmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde korunan haklarından bir veya birkaçının örneğin; adil yargılanma, ifade özgürlüğü, işkence yasağı, özel hayata saygı gösterilmesi veya mülkiyet haklarının vs. ihlal edildiğini düşünen başvuru sahibinin iddiası AİHM tarafından haklı bulunur ve bu ihlale sebep olan devlet tazminat ödemeye mahkum edilirse ilgili devlet tazminatı ödedikten sonra ihlale yani zarara sebep olduğu tespit edilen kamu görevlisine rücu edebilecektir. İşte bu rücu hakkının nasıl kullanılacağı her ülkenin kendi iç hukukuna göre belirleyebileceği bir usule tabi olacaktır. Ülkemizde bu usul henüz yaygın bir şekilde işletilmese bile daha önce de değindiğimiz üzere idarenin kusurlu ve sorumlu kamu görevlisi ile tazminatı

¹⁵⁵ Türmen, Age., s.36.

¹⁵⁶ Gölcüklü - Gözübüyük, Age., s. 22.

ödemesi hususunda anlaşması veya onun aleyhine adli yargıda tazminat davası açması şeklinde gerçekleşmektedir.

Konuyu somutlaştırmak açısından bir örnek vermek gerekirse, AİHM'in aşağıdaki kararı sonrasında devletin rücu hakkının doğumu söz konusu olacaktır.

*"... Başvuran V.G., tutuklandığı sırada dövüldüğünü ve gözaltında polislerin kötü muamelesine maruz kaldığını ileri sürmektedir. ... Ayrıca, başvuranın kalabalık grubu güvenlik güçlerine karşı şiddete tahrik ettiği düşünülse bile başvuranda tespit edilen yaralanmalar güvenlik güçlerinin aşırı güç kullandığını teyit etmektedir. Başvuran hayati organları olan başından ve ensesinden yaralanmıştır. Adli tıp doktoruna göre ortaya çıkan lezyonların sayısı ve ciddiyet derecesi hayati bir tehlikeyi oluşturmaktaydı. ... Mahkemeye sunulan unsurların tamamının incelenmesi ışığında, AİHM, başvuran V.G.'da tespit edilen yaralanmalar nedeniyle yapılan açıklamaların 3. madde bakımından Hükümetin sorumluluğunu gidermediğine itibar etmektedir. AİHS'nin bu hükmü başvuran açısından ihlal edilmiştir. . ."*¹⁵⁷

İşte, bu kararda bahsi geçen yaralanmalara neden olan kamu görevlisi hakkında ceza mahkemesince verilen ve kesinleşen bir mahkumiyet kararını müteakip, idare, AİHM'nin kararı sonucu ödediği tazminatı sorumlu kamu görevlisinden rücu yoluyla isteyebilecektir.

Konu ile alakalı, Bergamalı vatandaşların altın madeni işletmesi için verilen izinler nedeniyle Devlet aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde açtıkları ve devletimizin tazminata mahkum edildiği bir dava sonrasında, hazine tarafından ödenen bu tazminat nedeniyle sorumlu kamu personeline karşı devletin rücu mekanizmasını işletmediğinden bahisle açılan idari davanın temyiz incelemesi sonucunda Danıştay 5. Dairesinin verdiği aşağıdaki karar, konuya doğrudan temas etmesi ve etraflica genel tespitler içermesi bakımından incelenmesi gerekli bir karardır;

" ... Kişisel sorumluluğu bulunan personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla davacılar tarafından idareye yapılan başvuruda, 1998 yılından beri görev yapan Başbakan ve bakanların adları tek tek sayılmış, sorumlu diğer bürokratların ise idare tarafından belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir. İdarece verilen cevapta ise,

¹⁵⁷ AİHM., Günaydın - Türkiye, 27526/95, 13.10.2005

başvurunun incelendiği ve gereğinin yapılması için ilgili kurum/kurumlara iletildiği bildirilmiş; sonuç olarak, idare tarafından sorumlu personele rücu mekanizması işletilmemiştir.

... Anayasanın kamu hizmeti görevlilerinin "Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence" başlıklı 129. maddesinin 5. fıkrasında, "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir."" kuralı öngörülmüş bulunmaktadır. Anayasanın anılan maddesindeki "kendilerine rücu edilmek kaydıyla" ibaresinin, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idareye karşı açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı, yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etmeyi ifade ettiğinde kuşkuya yer bulunmamaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Kişilerin uğradıkları zararlar" başlıklı 13. maddesinde de, "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar...Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır. / (Ek fıkra: 26/03/2002 - 4748 S.K../3. md.) İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır." hükmüne yer verilmiştir.

Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare bir zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından ödenmesi temel bir kuraldır. Kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı başvurdukları mahkeme veya makamlarca verilen kararlar uyarınca zararlarının ilgili kurumlarca karşılanması ve kurumların genel hükümlere göre sorumlu memurlara rücu hakkı bulunması, ulusal yargı kararlarının uygulanması bakımından açık olarak düzenlenmiş bir konu olup; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi konusundaki tek açık düzenleme ise, kamu görevlisinin kişisel kusurunun belirgin bir biçimde ortaya çıktığı işkence yada zalimane, gayri

insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle hükmedilen tazminatlarda sorumlu personel rücu edilmesi konusuna ilişkin bulunmaktadır. Ancak, yukarıda anılan Anayasa hükmü, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile rücuyla ilgili genel kurallar göz önünde tutulduğunda, zarara uğradığı yargı kararıyla saptanan kişiye Devlet tarafından tazminat ödendikten sonra sorumlu personele rücu edilmesinin, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği olduğu ortaya çıkmaktadır. Rücu kurumunun işletilmesi, kamu görevlisinin kişisel kusurunun doğurduğu zararların yine kendisi tarafından karşılanmasını ve yargı kararının uygulanmaması ya da etkisiz bırakılması gibi hukuka aykırı eylem ve işlemlerden titizlikle kaçınılmasını amaçlar.

Rücu mekanizmasının işletilmesi, kamu kurumunun yetkileri arasında bulunmakla birlikte, idarenin bunu kendiliğinden yapmadığı durumlarda, yurttaşların bunu sağlamak amacıyla idareye başvurmalarına bir engel bulunmamaktadır. Kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası bir Mahkemece hükmedilen tazminat devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması anlamına geleceğinden, her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar, ilgili personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla idareye başvurabilir ve bu başvurularının reddi üzerine de dava açma hakkını kullanabilirler. Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum ödemek zorunda değildir.

Belirtilen hukuki durum ve tüm bu değerlendirmeler ışığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 ve 8. maddelerinin ihlal edilmesi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından hükmedilen ve Devlet tarafından ilgililere ödenen manevi tazminat tutarı konusunda, kişisel kusuru bulunan kamu görevlilerine rücu edilmesini sağlamak amacıyla Bergamalı yurttaşların idareye yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bu davada işin esasının incelenmesi

gerekirken, İdare Mahkemesince davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.”¹⁵⁸.

Görüldüğü üzere Danıştay’ın bu kararında, Anayasa’nın 129/5 ve 657 sayılı Kanununun 13. maddelerindeki ‘kamu personelinin verdiği zararlardan dolayı Devletin tazmin borcu nedeniyle sorumlu personele rücu hakkına ilişkin düzenlemelerin’ ve ‘hukuk devleti ilkesinin’ gereği olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Devlet aleyhine verdiği tazminat kararları sonrasında da kusurundan dolayı sorumlu olan personele rücu edilebileceği, hatta idare kendiliğinden rücu etmezse her vatandaş tarafından rücu mekanizmasının işletilmesi için idareye başvurulabileceği kabul edilmiştir.

Bu kararda AİHM’in Devleti tazminat ödemeye mahkum ettiği durumlarda rücu hakkına ilişkin tek açık düzenlemenin işkence yada zalimane, gayrı insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle hükmedilen tazminatlarda sorumlu personele rücu edilmesi imkanını tanıyan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13/2. maddesi olduğu belirtilmiş ise de kanaatimizce Anayasanın 40. maddesinin 3. fıkrasındaki; “Kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” hükmü genel bir hüküm niteliğinde olup AİHM tarafından Devletin mahkum edildiği durumlarda idareye sorumlu memura rücu hakkını veren başlıca yasal dayanak olarak kabul edilmelidir. Zira Devletimizin AİHS’ni imzalamasıyla sözleşmenin bağlayıcılığı ve dolayısıyla da AİHM’nin yargı yetkisi kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu itibarla Devletin kanundan kaynaklanan şekilde tazmin borcunu yerine getirmesi ile AİHM’in mahkumiyet kararı ile tazminat ödemesi arasında fark bulunmamaktadır. Ayrıca usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin Anayasa’nın 90/5. maddesi uyarınca kanun hükmünde olduğu da dikkate alındığında, Anayasanın 40. maddesinin rücu hakkına ilişkin hükmünün, AİHM kararları nedeniyle ödenen tazminatlar sonucunda da idare lehine rücu hakkı doğuran bir üst hukuk normu konumunda olduğu ortaya çıkmaktadır.

¹⁵⁸ DANIŞTAY 5.D., “03.06.2008 Tarih, E. 2007/7369 ve K. 2008/3234 Sayılı Karar”

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DEVLETİN RÜCU HAKKINI DOĞURAN İSTİSNAİ BİR DURUM OLAN HAKİMİN KİŞİSEL KUSURU VE HUKUKİ SORUMLULUĞU

3.1. GENEL OLARAK

Bu konu başlığının “istisnai bir durum” şeklinde nitelendirilmesinin sebebi, mahkemelerin bağımsızlığı yani Devlet sisteminin hiyerarşik örgütlenmesi içerisinde yer almamaları, hakimlerin de Devlet memuru sıfatını taşımamaları yani idarenin ajanı olmamalarıdır. Bu özellikleri nedeniyle bu aşamaya kadar anlatılan genel kurallar çerçevesinde, kamu görevlilerinin kişisel kusurları nedeniyle Devletin sorumluluğunu müteakip idarenin kamu görevlisine rücu etmesi bu durumda geçerli olmamaktadır. Hakimlerin hukuki sorumluluğu, diğer kamu görevlilerinden farklı bir şekilde 1086 sayılı HUMK’da, bizzat hakime karşı dava açılması suretiyle başvurulacak bir yol olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme şekline ileride ayrıntılı olarak değinilecektir.

Hakimin yargısal faaliyetinde Devletin herhangi bir etkisi yahut denetimi bulunmaması nedeniyle kural olarak bu faaliyetten Devletin sorumlu olmaması gerektiği kabul edilmektedir. İdare hukukunun sorumluluk kuralları da bu konuda icra alanı bulmamaktadır. Zira yargı organları bağımsız olduklarından, hizmet kusuru söz konusu olamamaktadır. Yine idare hukukunda geçerli olan hasar, sebepsiz iktisap ve hukuki eşitlik gibi esaslar da bunların idari organların eylemlerine özgü olmaları dolayısıyla burada uygulanamamaktadır. Yani idare hukukunun sorumluluk teorileri yargısal organların yargısal faaliyetinden ötürü Devlete sorumluluk yüklenmesine elverişli bulunmamaktadır¹⁵⁹. Bu hususta Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun şu içtihadı oldukça geniş perspektifte alınmış bir karardır;

“ ... Hakimler görevlerinde bağımsız olduklarından ve yargı yetkisinin kullanılmasında hiçbir organ, makam, merci veya kişi kendilerine emir ve talimat veremeyeceğinden, tavsiye ve telkinde bulunamayacağından, hakimlerin vermiş olduğu kararlardan dolayı Borçlar Kanununun 55. maddesi gereğince Devlet aleyhine istihdam eden sıfatıyla tazminat davası açılmayacağı gibi, Anayasa'nın

¹⁵⁹ Hakan Hakeri, Yargıcın Yargısal Görevinden Ötürü Devletin Sorumluluğu, Erişim Tarihi: 28.04.2010, http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=35

129/5. maddesine dayanılarak dahi idare aleyhine doğrudan doğruya bir tazminat davası açılmaz. Öte yandan, Anayasa'nın 40. maddesinin 3. fıkrasında, kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zararın, kanuna göre, Devletçe tazmin edileceği ve Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu haklarının bulunduğu dair hükmün dahi hakimler hakkında yargısal görevlerinden dolayı yukarıda açıklanan nedenlerle uygulanması mümkün değildir. Anayasa'nın yukarıda anılan 138. maddesindeki yargı bağımsızlığının ikinci önemli temeli, yasama ve yürütme organlarıyla idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olmaları; bu organlar ile idarenin, mahkeme kararlarını hiç bir suretle değiştirememeleri ve bunların yerine getirilmesini geciktirememeleri hususudur. Bağımsız mahkemelerce verilen ve kesinleşen yargı kararları kesin hüküm olarak herkesi ve bu arada Devletin yasama ve yürütme organlarını da bağlar. Devlet aleyhine istihdam eden sıfatıyla açılacak bir davada bu kesin hükümlerin yeniden ele alınarak tartışma konusu yapılması ve yanlış karar verildiğinden bahisle Devletin tazminatla sorumlu tutulması, kesin hükmün bağlayıcılığı ilkesine de aykırıdır. Çünkü Devlet, o hükmün oluşturulmasında hakimlere hiç bir emir ve talimat vermek, genelge göndermek, tavsiye ve telkinde bulunmak yetkisine sahip olmadığı için ve Devletin kendisi dahi bu hükümlere uymak zorunda olduğundan, istihdam eden sıfatıyla bu hükümlerin yanlış verilmesine sebebiyet verdiği ileri sürülemez ve tazminatla sorumlu tutulması cihetine gidilemez...¹⁶⁰.

Devletin hakimlerin yargısal faaliyetleri nedeniyle genel bir sorumluluğunun bulunmadığına dair bu açıklamalarla birlikte, gelişmiş hukuk devleti düzeyinde hiçbir kişi veya kurumun kendi kusuru ile sebep olduğu zararlardan sorumlu tutulmaktan muaf olması kabul edilemeyeceğine göre hakimlerin de yargısal faaliyetlerini nasıl yerine getirirlerse getirsinler veya ne şekilde karar verirlerse versinler sorumlu olmayacakları şeklinde bir anlayış da kabul edilemez.

Kanaatimizce hakimlerin kişisel kusurlu yargısal faaliyetleri nedeniyle sebep oldukları zararlardan dolayı da Devlet aleyhine dava açılabilir ve daha sonra bu zarar nedeniyle sorumlu hakime rücu edilebilmelidir. Zira kuvvetler ayrılığı prensibinin hakimlerin Devletten tamamen soyutlanması şeklinde anlaşılması

¹⁶⁰ YARGITAY HGK., “20.02.1991 Tarih, E. 1990/4 ve K. 1990/1 Sayılı Karar”

gerekmektedir. Evet, hakimler idarenin birer memuru veya ajanı değildirler ve yürütme organı adına çalışmazlar, ancak mahkemeler Devlet tarafından kurulur ve bu mahkemelerde görev yapan hakimler de Devlet tarafından atanırlar. Bunun yanında hakimler, yargısal faaliyetleri bağlamında Devletin kurucu sahibi olan millet adına karar verirler ve böylece bir “kamu kudreti” kullanırlar. Devletin verdiği yetkiyi yani “kamu kudretini” kullanmaları, hakimlerin de idarenin memuru değil ve fakat resmi görevli olduklarını göstermektedir¹⁶¹. Hakimlerin hiyerarşik bir yapı içinde yer almayan resmi görevliler olarak kabul edilmesi gerektiğine göre “Devletin kasası” diyebileceğimiz hazine tarafından karşılanan zararın, bu zarara kişisel kusuruyla sebep olan hakimden tahsili yoluna gidilmesinde bir sakınca bulunmadığı görüşündeyiz. Bu sorumluluğun temel dayanağı da Anayasanın 40. maddesinde yer alan; “Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan görevliye rücu hakkı saklıdır.” şeklindeki hükümdür. Kaldı ki eski tarihli bir içtihat olan yukarıdaki Hukuk Genel Kurulu kararından sonra yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 141 vd. maddeleriyle getirilen “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” düzenlemesinde, koruma tedbirleriyle ilgili olarak, kişilerin uğradıkları zararları Devletin tazmin edeceği ve görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle bu zarara sebebiyet verenlere (hakim ve savcılar dahil) rücu edileceği kabul edilmiştir.

Bununla beraber hakimlerin yaptıkları görevin niteliği itibarıyla, doğrudan veya rücu yoluyla sorumluluklarının diğer kamu görevlilerinin sorumluluklarından daha sıkı şartlara tabi ve sınırlı tutulması -onların her an tazminat ödeme ve sorumlu tutulma baskısını hissederek, tedirgin ve vicdani kanaatlerine aykırı karar vermelerinin, gereksiz ihtiyat ve yavaşlıkla hareket etmelerinin önlenmesinin gereği olarak- doğal kabul edilmelidir¹⁶². Bu noktada hakimleri doğrudan kişiler ve idare ile çekişmeli taraflar haline getirmeyecek şekilde Devlet tarafından hakime rücu edilmesini mümkün kılan bir sistemin gerekli olduğu kanaatindeyiz. Bu sistem

¹⁶¹ Giritli – Bilgen - Akgüner, Age., s.397.

¹⁶² İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, (6.Bsk.), İstanbul 1975, s. 68. (Hâkimler adaletin tevzii vazifesini görürken, bir amme hizmeti ifa etmekle beraber, bu fiilin istilzam ettiği mesuliyet farklı bir rejime tabidir. Buna da sebep, yargı fonksiyonunun arz ettiği hususiyet ve bu hususiyetle yakından alâkalı olmak üzere, hâkimlere tanınan istiklâldir)

kanaatimizce mevcut hukuk düzenimizde doğrudan hakime karşı açılan davaların ve kişilere verilmesine hükmedilen tazminat kapsamındaki ödemelerin, idaresi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna bağlı “Yargı Tazminat Fonu” adı altında bir birim tarafından takip edilmesinin sağlanması suretiyle oluşturulabilir. Örneğin yürürlükteki HUMK’na ya da, kanunlaşması halinde yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre hakimin hukuki sorumluluğunu gerektiren bir hal bulunduğu iddiası ve tazminat talebi bu fon idaresine karşı dava açılmak suretiyle ileri sürülebilmeli veya bir mahkemenin verdiği karar nedeniyle AİHM’e yapılan başvuru sonucunda AİHM, Sözleşmedeki hükümlerden birinin ihlal edildiği gerekçesiyle başvurular lehine tazminata hükmederse, bu tazminat söz konusu Fon tarafından karşılanmalı ve kusurlu oldukları, yani çıkar ilişkisi gözeterek veya ideolojik görüşünü ön planda tutup taraflı davranarak ya da ihmal veya husumet sonucu bu kararı veren hakim veya hakimler aleyhine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna bağlı bu Fon idaresinin rücu yoluna gitmesi gerçekleştirilmelidir. Kuşkusuz bunun için gerekli yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Bu şekilde bir uygulama ile, idarenin istihdam eden sıfatı varmış gibi hakimlere rücu etmesi önlenerek, rücu hakkının kullanımındaki yetki idareye bırakılmayarak hakimlerin yürütme organı karşısında kendilerini baskı altında hissetmelerine engel olunacak ve böylece hakim bağımsızlığı zedelenmemiş olacaktır.

Bu noktada ikili bir ayırım olduğunun belirtilmesi gerekir ilk olarak; Hakimlerin idari faaliyetlerinden doğan zararlar yönünden hizmet kusuru esasına dayanılarak Adalet Bakanlığı aleyhine yani mahkemelerin idari işlemler yönünden bağlı oldukları idare aleyhine idare mahkemesinde tam yargı davası açılabilir ve idare zararı tazmin ettikten sonra kişisel kusuru bulunan hakime rücu edebilir. İkinci olarak yine daha önce açıklanan genel prensipler çerçevesinde hakimin idari faaliyetinden doğan zarar kendi kişisel kusuruna dayanıyorsa hakime karşı haksız fiil hükümlerine göre (BK m. 41 vd.) adli yargıda tazminat davası açılabilir¹⁶³. Nitekim bu husus Anayasa Mahkemesinin bir kararında şu şekilde vurgulanmıştır; *“...hâkimler ve mahkemeler, kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetimi için de işlem yaparlar. Ancak bu işlemlerde, hâkim sıfatıyla değil, idari bir makam olarak*

¹⁶³ Baki, Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, (11. bsk.) Yetkin Yayınları, Ankara 1999, s. 719.

hareket ederler. Bunlar, Adalet Bakanlığı adına yapılır ve bu işlemlerin hâkimlik sıfatıyla hiçbir ilgisi yoktur. Nitekim, bu ve benzeri işlemler, devletin diğer teşkilâtında hâkim sıfatını taşımayan idari makamlar tarafından yapılır...’’¹⁶⁴. Hakimin bu şekildeki sorumluluğu doğrudan olduğundan rücu ilişkisi söz konusu değildir.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, yürürlükteki mevzuatımızda hakimlerin yargısal faaliyetlerinden dolayı idarenin sorumluluğunun genel sorumluluk ve tazminat hukuku prensiplerinden ayrı bir konumunun bulunması ve yine hakimlerin statülerinden kaynaklanan özellikler nedeniyle, idarenin yargısal faaliyet esnasında kişisel kusuru ile kişilerin zarara uğramasına sebebiyet veren hakime belli durumlarda rücu etmesini öngören özel düzenlemeler getirilmiştir. Aşağıda bu özel düzenlemeleri incelemeye geçmeden önce halen yürürlükte olan mevzuat çerçevesinde hakimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin genel düzenleme ele alınacaktır.

3.2. HAKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA İLŞKİN YAKLAŞIMLAR

Hakimin hukuki sorumluluğuna ilişkin görüşler ikiye ayrılmakta olup, birinci görüş hakimin hukuki sorumluluğunun bulunmaması gerektiğini, ikinci görüş ise hakimlerin yargısal faaliyetlerinden dolayı hukuken sorumlu tutulmaları gerektiğini savunmaktadır¹⁶⁵. Üçüncü ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun yapılmasında da benimsenen görüş ise karma bir yol izleyerek hakimin hukuki sorumluluğunun bulunduğunu benimsemekle birlikte bunu belirli hallerle sınırlandırmak gerektiğini savunmaktadır

Birinci görüş sahipleri hakimin hukuki sorumluluğunu reddeden görüşlerini genel olarak, verdiği kararlardan dolayı sürekli bir tazminat tehdidi altında bulunması halinde bu durumun hakimi gereksiz bir tedirginlik ve ihtiyat ile hareket etmeye iterek onun yalnızca adaleti düşünüp yasalara ve vicdanına göre karar vermesine engel olacağı, bunun da yargının kalitesini düşüreceği fikrine dayandırırılar. İkinci görüş sahipleri ise temel olarak, çok önemli yetkileri olan hakimlerin yaptıkları

¹⁶⁴ AYM., “13.05.1964 Tarih, E. 1963/99 ve K. 1964/38 Sayılı Karar”

¹⁶⁵ Ahmet M. Kılıçoğlu, “Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu”, *AÜHFD.*, 30 (1-4), 1973, 233- 234.

yargısal faaliyetleri nedeniyle sorumlu tutulmalarının hem adaletin bir gereği olduğunu, hem de hakimlerin bu şekilde sorumlu tutulacaklarını bilmelerinin onları daha dikkatli ve hukuka uygun şekilde karar vermeye sevk edeceği düşüncesini savunurlar¹⁶⁶.

3.3 HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAKİ GENEL DÜZENLEME

Hakimlerin yargısal faaliyetinden doğan idarenin sorumluluğunu belirleyen özel düzenlemeleri başlıklar halinde incelemeye geçmeden önce hakimlerin yine yargısal faaliyetlerinden dolayı doğrudan sorumluluğunu düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerine değinmek konunun bütünlüğü ve anlaşılabilirliği açısından gerekli bulunmaktadır.

HUMK.'nun 573. maddesine göre, hakimlerin mali sorumluluklarını gerektiren ve numerus clausus prensibi uyarınca sınırlı sayıda (7 bent) olan haller şunlardır;

-Hakimin iki taraftan biri ile olan dostluk veya düşmanlığı dolayısıyla diğer taraf aleyhine kanuna ve adalete aykırı bir hüküm veya karar vermiş olması,

-Yoruma ihtiyaç göstermeyecek derecede açık ve kesin bir yasa hükmüne aykırı şekilde karar verilmiş olması,

-Yargılama tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm kurulmuş olması,

-Yargılama tutanakları ile kararların değiştirilmiş ve söylenmemiş bir sözün hüküm ve kararı etkileyecek şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş olması,

-Hakimin verilen veya sağlanan ya da vaad olunan bir menfaatten ötürü kanuna aykırı şekilde hüküm vermiş olması,

-Hakkı yerine getirmekten kaçınılmış olması (Bu bent HUMK m. 574'de ayrıca açıklanmıştır),

¹⁶⁶ Kılıçoğlu, *Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s. 233 vd

-Hakimin memuriyet görevini yapmakta ihmal ve terahi (gevşeklik) göstermesi veya kanuna göre verilen emirleri makul bir sebep olmaksızın yapmaması¹⁶⁷.

HUMK m. 574'de, yukarıda sayılan bentler arasında yer alan ihkakı haktan istinkaf olunması haline açıklama getirilmiştir. Buna göre *“kanunen kabulü gerekli olan bir dilekçeyi nedensiz reddetmek veya bir davayı görülmeye hazır hale ve sırası gelmişken bir takım anlamsız ve gereksiz özürler beyan ederek kötü niyetli olarak davaya başlamamak veya sürdürmemek”* şeklindeki bir durumda, örneğin iki dava arasında bağlantı yokluğuna rağmen bir davanın diğerinin sonuçlanmasına kadar bekletilmesi ya da masrafların kamudan karşılanması ilkesi bulunan kadastro davalarında keşif masrafı yatırılmadığı ve keşif yapılamadığı için davanın yıllarca ertelenmesi ilgili hükmün ihlali anlamına gelir¹⁶⁸. Maddeye göre ihkakı haktan istinkaf sebebine dayanarak hakime karşı tazminat davası açmak isteyen kimsenin, daha önce, hakime noter aracılığı ile bir ihtarname tebliğ ettirmesi gerekir. Bir nevi temerrüde düşürme işlemi olan bu ihtarname ile hakim görevini yapmaya davet edilir.

Hakimlerin yargısal faaliyetleri nedeniyle sorumluluğunu belirleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 573-576. maddelerinde mevcut olan düzenleme hakimin doğrudan sorumluluğunu doğuran, yani yargısal faaliyete dair belli koşulların varlığı halinde bizzat hakim aleyhine tazminat davası açılacak hallerle ilişkindir. Davacı tarafından Adalet Bakanlığı hasım gösterilerek hakimin yargısal görevi sırasındaki bir faaliyeti nedeniyle adli yargıda açılan davada 4. Hukuk dairesinin içtihadı şu şekilde olmuştur: *“... Dava, davacı hakkında Sulh Hukuk mahkemesine vasi tayini için ihbarda bulunan hakimin görev kusurundan kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece idare mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle istem reddedilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir... Hakimler bağımsız olup, Adalet Bakanlığının bir memuru konumunda değildirler. Hakimin görev kusuru nedeniyle Adalet Bakanlığına karşı idare mahkemesinde dava açılacağı şeklindeki görüş de, ‘hakimin bağımsızlığı’*

¹⁶⁷ Kuru, Age., s.721-722.

¹⁶⁸ Erhan Günay, *Yargısal Görevlerinden Dolayı Hakimlerin Tazminat Sorumluluğu ile Hakimlere, Cumhuriyet Savcılarına ve Avukatlara Karşı Hakaret Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000, ss.27-28

ilkesine aykırıdır. Hakimler aleyhine ancak, kişisel kusura dayanılarak HUMK'nun 573 ve devamı maddelerinde düzenlenen biçimde dava açılabilir. Şu durumda davanın husumetten reddi gerekir"¹⁶⁹.

Uygulamadaki kabul bu şekilde olmakla beraber doktrinde HUMK'daki hükümlere göre hakimlerin mahkum oldukları zararlardan dolayı Devletin de BK m. 55 veya MK 48 maddelerine göre ikinci derecede sorumlu tutulması gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır¹⁷⁰.

3.4. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNUNU TASARISINDAKİ HAKİMLERİN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DÜZENLEME

Henüz yasalaşmamış olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında hakimlerin sorumluluğuna ilişkin farklı bir düzenleme yoluna gidilmiştir. Tasarının "hakimin hukuki sorumluluğu" başlıklı konuyla ilgili bölümü şu şekildedir:

"Devletin sorumluluğu ve rücu

MADDE 51- (1) Hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir:

a) Kayırma veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması.

b) Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması.

c) Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması.

ç) Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması.

d) Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması.

e) Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması.

(2) Zarara uğrayan kişi, hukukî yollara başvurmak suretiyle zararın doğmasını önleme imkânı bulunmasına rağmen bu yola gitmemiş ise tazminat talep edemez.

¹⁶⁹ YARGITAY 4. HD., "07.10.204 Tarih, E. 2004/11295 ve K. 2004/11153 Sayılı Karar"

¹⁷⁰ Kuru, Age., s.723.

(3) Devlet, ödediği tazminat nedeniyle, sorumlu hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder.

Davaların açılacağı mahkeme

MADDE 52- (1) Devlet aleyhine açılan tazminat davası, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin fiil ve kararlarından dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile, kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda açılır ve ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür. Yargıtay ilgili hukuk dairesinin tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca; bu Kurulun ilk derece mahkemesi sıfatıyla tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi ise Yargıtay Büyük Genel Kurulunca yapılır.

(2) Devletin sorumlu hâkime karşı açacağı rücu davası, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür.

Dava dilekçesi ve davanın ihbarı

MADDE 53- (1) Tazminat davası dilekçesinde hangi sorumluluk sebebine dayanıldığı ve delilleri açıkça belirtilir; varsa belgeler de eklenir.

(2) Tazminat davasını inceleyecek mahkeme, belirtilen hususlarda eksiklik görürse, eksikliğin giderilmesi için süre vermeden dilekçenin reddine karar verir.

(3) Mahkeme, açılan tazminat davasını, ilgili hakime re'sen ihbar eder.

Davanın reddi hâlinde verilecek ceza

MADDE 54- (1) Dava esastan reddedilirse davacı, beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm edilir.”

Görüldüğü gibi tasarının 51. maddesinin 1. fıkrasında hakimlerin yargılama faaliyetinden dolayı ancak Devlet aleyhine dava açılabileceği kabul edilmiş, aynı fıkranın a, b, c, ç, d ve e bentlerinde ise 1086 sayılı HUMK'nun 573. maddesindekilerle hemen hemen aynı içerikte olmak üzere hukuki sorumluluk doğurucu haller sayılmıştır. 51. maddenin 3. fıkrasında Devletin, ödediği tazminat nedeniyle sorumlu hakime 1 yıl içinde rücu edeceği hükme bağlanmıştır. Bu itibarla tasarıdaki en önemli değişiklik; hakimlin yargısal faaliyeti esnasında vermiş olduğu zararlardan dolayı, (hukuki sorumluluğunu doğuran sebepler mevcut ise) öncelikle Devlete karşı tazminat davası açılması esasının kabul edilmesi, bilahare Devletin

kusuru varsa ilgili hakime rücu edebileceğinin öngörülmüş olmasıdır. Böylece hakimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler de Anayasanın 40/son ve 129/5. maddelerindeki hükümlerle uyumlu hale getirilmiş olmaktadır¹⁷¹.

Kanaatimizce, tasarının getirdiği bu yeni sistemin olumlu yönleri bulunmakla beraber sakıncalı yönleri de vardır. Öncelikle, tasarıya göre vatandaşların yargısal faaliyetler nedeniyle gördükleri zararlardan dolayı Devlet aleyhine dava açmaları, kişiler lehine daha güvenceli şekilde zararlarının tazmin edilmesi olanağını sağlaması, hakimler lehine de her an vatandaşlarla davalı taraf olarak yargı mercileri önüne çıkma baskısı yaşamalarını engellemesi açılarından tasarının olumlu yanlarıdır.

Tasarının bize göre olumsuz yanı ise; hakimın yargılama faaliyetinde vermiş olduğu zararlardan dolayı, Devlete karşı tazminat davası açıldıktan sonra Devletin -burada Devlet kavramından idare yani hazine anlaşılmaktadır- ilgili hakime rücu etmesidir. Zira daha önce de değinildiği üzere hakimlerin yargısal faaliyetleri idari bir hizmet olmadığından, yürütme organının tazminat ödedikten sonra yargısal kararı veren sorumlu hakimi tespit etmesi ve sonrasında ilgili hakime rücu etmesi, idareye bu hususta bir insiyatif ve takdir hakkı tanımak anlamına gelecek, idarenin hakimleri isthadam eden, hakimın kararlarını denetleyen ve onların amiri olan bir organ gibi değerlendirilmesine neden olacak ve bu şekildeki bir rücu mekanizması hakim bağımsızlığını zedeleyecektir. Bu sakıncanın ortadan kaldırılması kanaatimizce, daha önce de belirttiğimiz gibi bu zararlardan dolayı Devlete karşı açılacak tazminat davalarında muhatabın yürütmeye bağlı hazine değil, -Devleti temsilen- Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bünyesinde, yasa ile kurulacak bir birim olmasının temini ve yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununda buna uygun düzenlemelere yer verilmesi ile sağlanabilir.

Bu noktada akla, hakimlerin bütün özlük işlemlerini yapmak yetkisine sahip olan, bu itibarla hakimler üzerinde çok güçlü bir tasarruf hakkı bulunan HSYK'na bağlı bir birime karşı dava açılması ve söz konusu birimin rücu yoluna başvurmaması durumunda, yetkili yargı merciinin bu davalara bakarken bağımsız ve tarafsız olamayacağı tereddüdü gelebilir. Fakat, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında

¹⁷¹ Kemalettin Yüksel, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkındaki İncelemeler", Erişim Tarihi: 19.03.2010, http://www.tbb.org.tr/Araştırma_ve_Yayınlar/Dergiler_Detay.aspx?DNo=8

kişilerin hakimlerin yargısal faaliyetlerinden dolayı açacakları tazminat davalarına bakma yetkisinin HUMK'daki düzenlemeden farklı olarak, özlük işlemleri bakımından HSYK'na bağlı olmayan ve daha güvenceli olan Yargıtay ilgili hukuk dairesine verilmiş olması kanaatimizce bu sakıncayı devlete karşı açılacak davalar bakımından giderir niteliktedir. Yine her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 52. maddesinin 2. fıkrasında “Devletin sorumlu hakime karşı açacağı rücu davasından” bahsedilmiş ise de, gerek HUMK'da gerekse yeni tasarıda hakimin hukuki sorumluluğunu doğuran haller ağır kişisel kusur içeren haller olarak belirtildiğinden ve vatandaş tarafından Devlet aleyhine açılan tazminat davasında tazminata hükmedilebilmesi için bu hallerden birinin davaya bakan hakim veya hakimlerin şahsında özel olarak tespit edilmesi gerekeceğinden, bir hakimin söz konusu özel ve kişisel kusurlu davranış veya işlemleri irtikap ettiğine karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde kesin hükmün konusunu oluşturan bu kusurları -cezaî olarak değil hukuki bakımdan- yeniden dava konusu yapmak hem anlamsız hem de kesin hükmün niteliği gereği sakıncalı olacaktır. Yani kanaatimizce Devlete karşı açılan davada tazminata hükmedilmesi halinde hakime yeniden rücu davası açılmasına gerek bulunmayacak ve tazminat ödemeye mahkum edilen HSYK'na bağlı birimin yapacağı iş, bu kararın kesinleşmesinden sonra ilgili hakime karşı bu tazminatı ödemesi için yasal takip yoluna gitmek olacaktır.

Netice itibariyle, hakimin hukuki sorumluluğu bulunduğu iddiasıyla açılan davada HSYK'na bağlı birimin rolü, kendisine karşı dava açıldığında, eylem ve işlemleri nedeniyle dava açılmasına neden olduğu iddia edilen hakimin haklarını savunmak, bu eylem ve işlemlerin sabit olduğuna karar verilerek bu kararın kesinleşmesi halinde ise hükmedilen tazminatı ödeyerek, yeni bir dava açmadan doğrudan sorumlu hakime rücu etmek olacaktır. Kaldı ki yeni HMK Tasarısında ilgili hakime kendisi hakkında Devlete karşı açılmış davanın ihbar edilmesi zorunlu tutulduğundan ve bu itibarla hakimin bu davaya katılma hakkı olacağından hakim, davada kendisini savunma ve verilecek karara karşı üst yargı mercilerine başvurma hakkına sahip olacaktır. Bu nedenlerle kanaatimizce devletin sorumlu hakime karşı rücu davası açacağını öngören, tasarının 52. maddesinin 2. fıkrasının tasarıdan çıkarılması yerinde olacaktır. Ancak bu şekilde hakime doğrudan rücu edilmesi yolunun açılması durumunda, dava hakime karşı açılmamış olmakla birlikte

sonuçları itibariyle hakime karşı dava açılmış olmasından pek bir fark kalmayacağından ve bu durumda hakimin, sık sık açılacak bu nitelikteki davalar nedeniyle baskı altına alınması sakıncası devam edeceğinden kanaatimizce, Alman Hukukunda olduğu gibi¹⁷² ve bizim Ceza Muhakemesi Usul Kanunumuzun ‘Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat’ bölümünde kısmen yer aldığı şekilde, yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununda, hakimin hukuki sorumluluğuna dayalı açılan dava sonrasında hakime rücu edilebilmesini bu davaya konu olan eylem veya işlemler nedeniyle hakim hakkında görevi kötüye kullanmak suçundan verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkumiyet kararının bulunması şartına bağlı tutan bir maddeye yer verilmesi yararlı olacaktır.

Tasarıda vatandaşın açacağı tazminat davasının daha önce olduğu gibi belirli özel usullere ve sıkı şartlara tabi tutulmuş olması ve haksız çıkması halinde davayı açan aleyhine parasal müeyyide içermesi kanaatimizce yerinde bir düzenleme olmuştur. Zira mahkemelerimizin iş yoğunluğu ve hemen her davada yargılamanın doğası gereği üzülen en az bir tarafın olduğu göz önüne alındığında, yargılamanın taraflarına verilecek basit bir tazminat davası açma imkanı hakimlerin mali sorumluluğunu doğuran bu tür davaları özendirecek ve reddedilecek olsalar bile çok sayıda bu nitelikteki davalar hakimleri karar vermekten korkan, yavaş, devamlı tedirgin ve insanlara adalet dağıtmada zaafa düşen bir kişilik yapısına büründürecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında olumlu gördüğümüz yanlardan birisi de; yürürlükte olan HUMK’nun, adli yargı ilk derece hakimlerinin hukuki sorumluluğu alanında açık hükümler içermesine rağmen aynı konuda yüksek yargı mensuplarına ilişkin mevcut olan yasal boşluğu ve uzun yıllardır yaşanan içtihat karışıklığını giderici bir yapıda olmasıdır. Ancak, benzer şekilde idari yargıda görevli hakimlerin sorumluluğuna ilişkin, yürürlükteki düzenlemede mevcut olan belirsizliğe ve uygulamadaki karışıklığa engel olunması için tasarıda idari hakimler ile Danıştay üye ve başkanlarına ilişkin de açık düzenlemelere yer verilmesi gerektiği görüşündeyiz. Bu sayede tasarıyla tüm hakimler ve yüksek yargı başkan ve üyeleri için getirilecek düzenlemelerle, istisnasız herkesin kasıtlı ve kusurlu davranışlarından

¹⁷² Kılıçoğlu, *Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s. 236.

dolayı verdiği zararlardan sorumluluğunu öngören bir düzenleme söz konusu olacaktır.

Bu hususta son olarak değinilmesi gereken husus HUMK'nun 573-576 maddelerindeki sorumluluk kurallarının yalnız hakimler için geçerli olup Cumhuriyet savcılarını için geçerli olmadığıdır. Zira HUMK'nun m.573. maddesi, hakimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanını; "hâkim ve icra reisi aleyhine aşağıda yazılan sebeplere binaen tazminat dâvası ikame olunabilir" ifadesiyle belirlemiş bulunmaktadır. Söz konusu maddeye göre, sorumluluğa ilişkin özel hükümler, sadece hakimler hakkında uygulanabilecektir¹⁷³. Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında da aynı anlayış korunmuştur. Bu düzenlemeler Cumhuriyet Savcılarının yaptıkları görevlerin -yargıya ilişkin olanlar da dahil- kamu adına ve bu anlamda idari bir görev olarak kabul edildiğini göstermektedir..

Yukarıda belirtildiği gibi, Cumhuriyet savcılarının yaptıkları görevlerin yargısal değil idari bir görev olarak kabul edilmeleri nedeniyle Cumhuriyet savcılarını aleyhine HUMK m. 573-576 hükümlerine dayanarak tazminat davası açılmaz. Savcılarının (idari) faaliyetlerinden doğan zarar hizmet kusuru oluşturuyorsa idare mahkemesinde Adalet Bakanlığı aleyhine tam yargı davası açılabilceği gibi zarar kişisel kusura dayanıyor ise kendilerine karşı BK'nun 41. vd. maddelerinde düzenlenen haksız fiil hükümlerine göre adli yargıda tazminat davası açılabilir¹⁷⁴. Adalet Bakanlığı aleyhine açılan davada idare tazminata mahkum edilirse Devlet Cumhuriyet Savcısına daha sonra rücu edebilecektir. Yine çalışmanın bir sonraki bölümünde incelenecek olan; koruma tedbirleri nedeniyle verilen zarar söz konusu ise 5271 sayılı CMK'nun 141. ve 143. maddelerindeki özel düzenleme gereğince devlet tazminatı ödedikten sonra kusurlu Cumhuriyet Savcısına itiraz edebilir.

¹⁷³ Erdal Tercan, "Hakimlerin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin (HUMK 573-576), "Hakim" Kavramı Açısından Uygulama Alanı", *AÜHFĐ.*, 44 (1), 1995, 234.

¹⁷⁴ Bahri Öztürk, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (3. Bsk.) Ankara 1994, s. 174.; Kuru, Age., s.719.; Tercan, Age., s. 238.

3.5. HAKİMİN YARGISAL FAALİYETİNDEN DOĞAN ve İDARENİN SORUMLULUĞUNU BELİRLEYEN ÖZEL DÜZENLEMELER

3.5.1. Vesayet Dairelerinin Verdikleri Zararlardan Devletin Sorumluluğu ve İlgili Kişiye Rücu Edilmesi

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 468. maddesinde Devlet, vesayet dairelerinde görevli hakimlerin vesayet altındaki kişiye görevlerini yerine getirirken gerekli özeni göstermemek suretiyle hukuka aykırı olarak verdikleri zararlardan doğrudan doğruya sorumlu tutulmaktadır.

Maddenin gerekçesinde, Devletin bu asli sorumluluğunun sebebi şu şekilde açıklanmaktadır: *“Birinci fıkrada vesayet makamı ve denetim makamı gibi vesayet dairelerinde görevli olanların haksız filleri ve başkalarına verdikleri zarardan dolayı Devlet’in sorumlu tutulması esası getirilmiştir. Türk hukukunda geçerli olan memurların memuriyet görevleri nedeniyle verdikleri zarardan memurun değil, doğrudan doğruya Devlet’in sorumlu olduğu, zararı tazmin eden Devlet’in kendi memuruna rücu etmesine ilişkin genel ilke maddede aynen tekrar edilmiştir. Aynı kural Anayasanın 129 uncu maddesinde de yer almıştır.”*

Görüldüğü gibi 4721 sayılı TMK yürürlüğe girmeden önceki mülga Medeni Kanununda vesayet daireleri, yani sulh veya asliye hakimleri kişisel olarak ve doğrudan doğruya sorumlu tutulmuşken, yeni kanundaki bu değişikliğin sebebi hakimlerin vesayet makamı ve denetim makamı olarak vesayet dairelerinde yerine getirdikleri görevlerinin idari görev olması ve bu yönüyle hakimlerin sorumluluğunun memurlarınki ile benzer hale getirilmesi gayesidir.

Bu durumda, vesayet dairelerinin, yani vesayet makamı (sulh hukuk mahkemesi) ve denetim makamında (asliye hukuk mahkemesi) görev yapan hakimlerin vesayet ile ilgili görevlerini yürütürken kusurlu davranışları dolayısıyla vesayet altındaki kişinin uğradığı zarardan asli olarak, yani doğrudan doğruya sorumlu olan Devlet’tir. Bu nedenle zarara uğrayan kişi zararın tazmin edilmesini zarara sebebiyet vermiş olan sulh veya asliye hakiminden isteyemez. Doğrudan doğruya idareye başvurmak zorundadır¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, II, s.531.

Türk Medeni Kanununun 468. maddesinin II. fıkrasında, Devlete, yukarıda anlatılan asli sorumluluğu nedeniyle ödemek zorunda kaldığı zararlar için, kusurlu davranışıyla zarara sebebiyet verenlere rücu hakkı tanınmaktadır. Devlete bu hakkın tanınmış olması aslında bizzat zarar verenlerin de sebebiyet verdikleri zararlardan dolayı sorumlu olduğunu, Devletin gerçek ve teknik anlamda sorumlu olmadığını göstermektedir. Zira Devlet, ödediği miktarı kusurlu görevliden geri alabilme imkanına sahiptir¹⁷⁶.

3.5.2. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Verilen Zararlardan Dolayı Devletin Tazminat Sorumluluğu ve Rücu Hakkı

Anayasanın 40/3. maddesinde *“Kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre Devletçe tazmin edilir.”* şeklindeki genel düzenleme ile, Anayasanın 19. maddesinde bu maddeyle belirlenmiş olan yakalama ve tutuklamaya ilişkin esaslar dışında işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zararların tazminat hukukunun genel prensiplerine göre Devlet tarafından ödeneceğine dair mevcut olan düzenlemelerin bir gereği olarak, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 141. maddesinde soruşturma ve kovuşturma evrelerindeki koruma tedbirleri nedeniyle mağdur olan kişilerin zararlarının Devletçe tazminine ilişkin düzenleme yapılmıştır¹⁷⁷.

Maddede; yakalama, tutuklama, gözaltı, arama ve elkoyma işlemlerinde usul ve yasaya aykırı hareket edilmesi nedeniyle, yani hakim, savcı ve kolluk kuvvetlerinin bu faaliyetleri nedeniyle mağdur olan kişilerin zararlarının Devlet tarafından giderileceği belirtilmektedir. Bu zarar maddi ve manevi her türlü zararı kapsamaktadır (CMK m. 141/j), Ayrıca Anayasanın 40/3. maddesindeki düzenlemeye paralel olarak maddi ve manevi zararın tayin ve tespitinde tazminat hukukunun genel prensipleri esas alınacaktır (CMK m.142/6).

Aynı teminat Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5/5. maddesinde şu şekilde yer almıştır. *“Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkesin tazminat*

¹⁷⁶ Akıntürk, Age., s. 532.

¹⁷⁷ Ali Parlar - Muzaffer Hatipoğlu, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu.*, Ankara 2008, I, s.622.

istemeye hakkı vardır” Anayasanın 90. maddesiyle milletlerarası sözleşmelerin iç hukuka göre üstün tutulması nedeniyle mevzuatımızda yukarıdaki hükümler olmasaydı bile haksız yakalama ve tutuklamaya maruz kalan kişi sözleşmenin bu maddesine göre Devletten tazminat isteyebilecekti.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 141. maddesinde sayılan ihlallerden biri veya birkaçı resmi görevli tarafından yapıldığı zaman, zarara uğrayan kişi belli süreler içinde CMK'nun 142. maddesi uyarınca tazminat konusu işlemle ilişkili olmayan, oturduğu yer veya oturduğu yere en yakın ağır ceza mahkemesine başvurarak tazminat isteminde bulunabilir. Bu dava reddedildiği takdirde ve tüm iç hukuk yolları tüketildikten sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, yapılan ihlallerin karşılığını bulduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ilgili maddelerine aykırılıktan dolayı dava açılacaktır¹⁷⁸.

Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 143/2. maddesinde; Devletin ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbirleriyle ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlisine rücu edeceği belirtilmiştir. Buradaki kamu görevlisi tabiri hakim ve savcılar da kapsamaktadır. Bu hüküm nedeniyle kamu görevlisine rücu edilebilmesi için, kamu görevlisinin icrai hareketlerle ve koruma tedbirleriyle ilgili olarak görevini kötüye kullanması gereklidir¹⁷⁹. Örneğin hakkında yakalama kararı bulunan bir kişi yakalandıktan ve ifadesi alınarak serbest bırakıldıktan sonra, görevin gereklerine aykırı hareket edilmesi suretiyle yakalama kararının mahkeme veya kolluk kayıtlarından kaldırılmaması nedeniyle kişinin haksız ve sebepsiz yere tekrar yakalanması durumunda mağdur olan vatandaşa tazminat ödeyen Devlet, ilgili hakim, Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlilerine rücu edebilecektir.

Devletin rücu hakkını düzenleyen bu maddede dikkati çeken iki nokta vardır. Birincisi; maddeye göre Devletin, tazminat ödediği takdirde görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlisine rücu etmesi takdire bağlı bir husus değil, zorunluluktur. Kanunda bu zorunluluğun açıkça belirtilmiş olması kanaatimizce rücu müessesesinin işlerlik kazanması açısından

¹⁷⁸ İlgili madde karşılıkları için bkz.; İsmail Malkoç – Mert Yüseketepe, *Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Malkoç Kitabevi, Ankara 2008, I, ss.712-721.

¹⁷⁹ Parlar - Hatipoğlu, Age., s. 658

yararlı olmuştur. Zira 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13/1. maddesinde, kamu görevlilerinin verdikleri zararlardan dolayı ilgili kamu kurumu aleyhine dava açılacağı belirtildikten sonra, kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele *'rücu hakkı saklıdır'* denilmesi nedeniyle, bu hakkın sanki takdire bağlıymış gibi algılandığı ve kurum amirlerince rücu müessesesinin çoğunlukla işletilmediği görülmektedir. İkincisi, maddede: *'Devlet, ... görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu eder'* şeklindeki tanımlama, rücu hakkının kullanılabilmesi için ilgili kamu görevlisi hakkında yukarıdaki tanımlamanın gerçekleştiğini gösteren bir mahkumiyet kararının varlığını gerektirmektedir. Bu mahkumiyet kararı 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257/1. maddesi uyarınca verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olmalıdır¹⁸⁰. Zira TCK 257/1. maddede; *"... görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ... kamu görevlisi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"* denilmektedir. Ancak bu noktada CMK'nun 143/2. maddesiyle TCK'nun 257. maddesinin birlikte yorumlanması neticesinde, koruma tedbirleriyle ilgili olarak TCK'nun 257/2. maddesinde belirtilen şekilde görevlerinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek kişilerin zarara uğramasına ve Devletin tazminat ödemesine neden olan kamu görevlilerine rücu edilemeyeceği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Nitekim CMK 143/2. maddesinin 5353 sayılı yasa ile değişiklikten önceki hali ihmali davranışları da kapsar nitelikte; *"Devlet, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbiriyle ilgili olarak görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu eder."* şeklinde idi. Değişiklikle ihmali davranışlarla görevi kötüye kullananlar bu maddenin kapsamı dışına çıkarılmıştır. Yani görevi savsaklayarak kişilere zarar verici sonuçlara yol açanlara Devletin ödediği tazminat bakımından rücu söz konusu olmayacaktır¹⁸¹. Kanaatimizce bu değişiklik, ihmal sonucu da olsa herkesin kendi kusuruyla verdiği zarardan sorumlu tutulması gerektiği yolundaki evrensel hukuk ilkesi karşısında, yerinde bir değişiklik değildir. Zira CMK'nun da dayanağı olan Anayasanın, kamu görevlilerinin sorumluluğunu düzenleyen 40/3. maddesinde ilgili resmi görevliye rücu edileceği belirtilen zararlar bakımından zarar verici eylemin kasten veya ihmal suretiyle olması

¹⁸⁰ Parlar - Hatipoğlu, Age., s. 658

¹⁸¹ Malkoç - Yüseketepe, Age., s. 744.

şeklinde bir ayırım yapılmamış, resmi görevliler tarafından meydana getirilen her türlü haksız işlemler bu kapsamda sayılmıştır. Bu nedenlerle CMK'nun 143/2. maddesinin; *“Devlet, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbirleriyle ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle ‘ya da ihmal veya gecikme göstererek’ görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu eder.”* şeklinde olması kanaatimizce daha uygun, yetkili ve sorumlu konumundaki resmi görevlilerin de kişilerin hak ve özgürlükleri konusunda daha titiz ve duyarlı olmalarını sağlayan bir düzenleme şekli olurdu.

5271 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önce bu husustaki düzenleme 466 sayılı *“Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun”* da yer almakta ancak bu düzenleme yalnız yakalama, tutuklama ve gözaltı işlemleri ile ilgili usulsüzlüklere ilişkin olup arama ve elkoyma işlemleri 466 sayılı yasa kapsamı dışında kalmakta idi. Yine 466 sayılı yasa kişilerin zararlarını doğrudan doğruya Devletten isteyebileceği öngörülmekle beraber Devletin zarara kusuruyla sebebiyet veren görevliye rücu etmesi düzenlenmemiştir. Anayasanın Devletin rücuunu öngören 40/3. maddesinin 466 sayılı yasanın yürürlükte olduğu dönemde de mevcudiyetine rağmen koruma tedbirlerine ilişkin kararları alan ve bu tedbirleri uygulayanlara rücu etmek olanağı bulunmamaktaydı. Bu husus bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında şu şekilde vurgulanmıştı; *“... Bu hal karşısında; 466 sayılı Yasaya dayalı tazminatlarda, her türlü sorun, öncelikle yasa normlarıyla çözümlenecek, açıklık bulunmayan ahvalde ‘tazminat hukuku’ kıyaslamasına başvurulacak, fiilin en ziyade ‘haksız fiil’ benzeri olduğu gözetilecek çözüme ulaşılabilecektir. Bu değerlendirmelerin, 466 sayılı Yasadan doğan tazminatlarda Devletin rücu hakkını, Anayasanın 40. maddesi kapsamında genişletebileceğini düşünmek ve yargıçlarla C. savcılarının sorumlu tutulacağı endişesine kapılmak yersizdir. HUMK.nun 573. maddesi bu sorumluluğu düzenlemiş, kasti davranışlar ve ağır ihmallerle sınırlandırmıştır. Rücu sınırını genişletmek, yargı hizmetini yürütülemez hale sokacağından, Devletin böyle bir düşüncüyü benimseyebileceği olası değildir....”*¹⁸². Görüldüğü gibi 466 sayılı yasa döneminde, koruma tedbirleri nedeniyle kişilerin uğradıkları zararlar bakımından hakim ve

¹⁸² YARGITAY CGK., “23.11.2004 Tarih, E. 2004/1-177 ve K. 2004/203 Sayılı Karar”

savcılarının deyim yerinde ise mali sorumsuzluğu bulunmaktaydı. Bu açıdan 5271 sayılı CMK'ndaki yeni düzenleme Devlete rücu hakkını tanıması ve resmi görevlileri bu sorumluluk bilinciyle hareket etmeye zorlaması yönünden hukuk devleti ilkesinin gelişimine hizmet eden bir rol oynayacaktır.

3.5.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki Adil Yargılanma İlkesinin İhlali Sonucu Devletin Tazminata Mahkum Olması ve Bu Nedenle Sorumluluğu Bulunan Hakime Rücu Edilmesi

Bu aşamada, devletin kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından kaynaklanan zararlardan doğan sorumluluğu ve bu nedenle kamu görevlilerine rücu etmesi haline son örnek olarak, hakim ve savcılarının sorumluluğunu doğurması itibariyle öneme sahip ve bu alandaki istisnai sorumluluk durumlarından birisi incelenecektir. Bu durum; Devletimizin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlali nedeniyle yine Devletimizin, yargı yetkisini kabul etmiş olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince tazminat ödemeye mahkum edildiği adil yargılanma hakkının ihlali durumlarında, tazminatın ödenmesine yol açan zararı kusurlu davranışı ile meydana getiren kamu görevlisine rücu edilmesi durumudur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye tarafından usulüne uygun bir şekilde onaylanıp, kanunla tespit edilmiş olduğundan, Türk hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Bu nedenle AİHS'nin, daha önce de açıklandığı üzere iç hukukumuz açısından bağlayıcı bir niteliğe sahip olduğu kuşkusuzdur. Ancak uygulamada bu sözleşme hükümlerine yeterince uyulmaması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular sonucunda Türkiye, sözleşme hükümlerinin ihlal edildiği gerekçesiyle yüksek miktarlarda tazminata mahkum edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlali nedeniyle Devletimizin tazminata en fazla mahkum olduğu alan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurulardır.

Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından bireylere tanınmış temel ve evrensel bir insan hakkıdır. Bu hak, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir sürede, hakkaniyete uygun olarak, aleni bir biçimde yargılanma hakkını garanti altına almaktadır. Bununla birlikte bu hak, masumluk karinesi, suç isnadını öğrenme, duruşmada hazır bulunma, müdafiden yararlanma ve ücretsiz tercüman hakkı gibi pek çok haktan oluşan bir bütünlük arz etmektedir. Bu

kuralların amacı, kişinin hak arama özgürlüğünü ve adil bir şekilde yargılanmasını güvence altına almaktır¹⁸³.

Adil yargılanma hakkının düzenlendiği Sözleşme'nin 6. maddesi, bu Sözleşme'nin temel maddesi olarak kabul edilebilir. 11. Protokol ile değiştirilen ve yeniden düzenlenen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi şu şekildedir:

"1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek,

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak,

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek,

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek,

¹⁸³ Şeref, Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Basımevi, Ankara 2001, s. 165.

e) *Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak*".

2001 yılında 4709 sayılı Kanunun 14. maddesiyle, 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde yapılan değişiklikten önce adil yargılanma hakkı açık bir şekilde Anayasada yer almıyordu. Ancak bu hakkın içeriğine dahil olan kurallar yer alıyordu. Kişilerin yargı önünde doğru ve güvenli olarak yargılanma haklarının olduğu ancak dolaylı bir şekilde anlatılıyordu¹⁸⁴. 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle "adil yargılanma hakkı" kavramı açık bir şekilde 36. maddede yerini almıştır.

Bu çalışmanın kapsamı dışına çıkılmaması için AİHS'nin 6. maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkının unsurlarının ayrıntılı şekilde açıklamasına yer verilmeyecektir. Ancak hangi hallerde hakim ve savcılara rücu edileceğinin anlaşılması ve konunun somutlaşması bakımından, AİHM'nin adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle verdiği bazı kararlardan bölümler aşağıya aktarılacaktır;

" ... Başvuran ayrıca, kendisine yönelik cezai işlemlerin, AİHS'nin 6 § 1. maddesinin gerektirdiği gibi makul bir süre için sonuçlandırılmadığını belirterek şikayetçi olmuştur. Söz konusu maddenin ilgili bölümleri şöyledir:

'Herkes, ..., gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan ... bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, ..., görülmesini istemek hakkına sahiptir...'

... AİHM, başvurana yönelik cezai işlemlerin 22 Şubat 1997'de başvuranın yakalanmasıyla başladığını ve halen birinci derece mahkemesinde devam ettiğini gözlemler. Dolayısıyla, halihazırda 8 yıldan fazla sürmüştür.

AİHM, bu başvurudakine benzer konular ortaya koyan davalarda sıklıkla AİHS'nin 6 § 1. maddesinin ihlal edildiğini tespit ettiğini tekrarlar (bkz. Örneğin, Pelissier ve Sassi - Fransa [BD], no. 25444/94, § 67, AİHM 1999-II, ve Dereci - Türkiye, no. 77845/01, 24 Mayıs 2005).

Kendisine iletilen tüm belgeleri inceleyerek, AİHM, Hükümet'in bu davada farklı bir sonuca varmayı sağlayacak herhangi bir olgu veya argüman ortaya

¹⁸⁴ Çetin Aşçıoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı, Sanık Hakları ve İnfaz" , *Yeni Türkiye Dergisi, İnsan Hakları Özel Sayısı*, 2 (21), 1998, 926

koymadığı sonucuna varmıştır. Konuya ilişkin içtihadını dikkate alarak, AİHM, bu davada işlemlerin uzunluğunun aşırı olduğunu ve 'makul süre' şartını karşılamadığı kanısına varmıştır.

Dolayısıyla, AİHS'nin 6 § 1. maddesi ihlal edilmiştir."¹⁸⁵.

Görüldüğü üzere AİHM'nin bu kararında, başvuruçunun Türkiye'deki yargılanma sürecinin haklı gerekçelerle açıklanamayacak ölçüde uzun olması nedeniyle AİHS'nin 6. maddesinde tanımlanan adil yargılanma ilkesinin unsurlarından olan 'davanın makul sürede görülmesi' şartının ihlal edildiği belirtilmiştir. İşte bu durumda Devlet başvuruçuya tazminatı ödedikten sonra, yargılamanın uzamasına, soruşturma aşaması yönünden Cumhuriyet savcısının, kovuşturma aşaması yönünden ise hakim veya hakimlerin kusuru tespit edilirse, Devletin sorumlulara rücu etmesi söz konusu olacaktır. Bu anlamda yakın zamana kadar rücu mekanizmasının işletilmediği ancak son zamanlarda, AİHM'in Devlet aleyhine verdiği tazminat kararları nedeniyle, Adalet Bakanlığınca görevlendirme yapılarak tazminata konu olan dava dosyalarında yukarıda belirtildiği şekilde hakim ve savcıların kusuru nedeniyle yargılamanın uzamasına neden olup olunmadığının araştırılmasının istenildiği görülmektedir. Bu da kusurlu bulunan hakim veya Cumhuriyet savcısı olursa, ödenen tazminatı kendilerinden rücu yoluyla isteneceğini göstermektedir.

Bu durumun yalnızca ceza davaları için değil, ülkemizde bir kısmı neredeyse bir insan ömrü kadar süren kadastro davaları için de geçerli olduğunu, yani kadastro davalarının uzamasında davaya bakan hakimlerden birinin veya birkaçının gerekli özen ve gayreti göstermemek suretiyle kusurunun bulunup bulunmadığı yönünde Bakanlık tarafından işlem yapıldığını görmekteyiz. Zira aşağıdaki AİHM kararında da görüldüğü üzere kadastro davalarının yargılama sürecinin aşırı uzun sürmesi nedeniyle Devletimiz oldukça fazla sayıda tazminat kararlarıyla karşı karşıya kalmaktadır;

" ... Dava, Ezel Tosun ("başvuran") isimli Türk vatandaşının, 22 Temmuz 2002 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunması Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") 34. maddesine dayanarak Türkiye Cumhuriyeti aleyhine AİHM'ye yaptığı başvurudan (no. 33379/02) kaynaklanmaktadır.

¹⁸⁵ AİHM., Emrullah Karagöz / Türkiye, 5701/02, 20.10.2005

... 20 Haziran 1974 tarihinde, başvuran, 23 davalı aleyhine Mudanya Tapulama Mahkemesi'nde dava açmıştır. İhtilaf konusu olan arsanın değişiklik yapılmadan önce kendisine ait olduğunu iddia etmiş ve Tapu Sicili'ndeki kayıtların düzeltilmesini talep etmiştir.

1982 yılında, dava Mudanya Kadastro Mahkemesi'ne nakledilmiştir. Mayıs 2002 tarihinde, Mudanya Kadastro Mahkemesi başvuranın iddialarını reddetmiştir. Mart 2004 tarihinde Yargıtay, Mudanya Kadastro Mahkemesi'nin kararını bozmuştur. İşlemler halen Mudanya Kadastro Mahkemesi'nde devam etmektedir.

... Başvuran, işlemlerin süresinin AİHS'nin 6 § 1. maddesindeki 'makul süre' şartıyla uyumlu olmadığını ileri sürerek şikayetçi olmuştur. Bu maddenin ilgili bölümlerine göre: 'Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, ... konusunda karar verecek olan, ... bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, ... görülmesini istemek hakkına sahiptir.'

Hükümet, davanın karmaşık olduğunu belirtmiştir.

... AİHM, işlemlerin uzunluğunun makuliyetinin, davanın koşulları ışığında ve şu ölçütlere atıfta bulunarak değerlendirilmesi gerektiğini tekrarlar: davanın karmaşıklığı, başvuranın ve ilgili mercilerin tutumu ve ihtilafta başvuranın karşı karşıya olduğu riskler (bkz., diğerlerinin yanı sıra, Frydlender - Fransa [BD], no. 30979/96, § 43 AİHM 2000-VII).

... Bu davada, işlemler, ulusal mahkemelerde 1974 yılından beri, yani otuz bir yıldan beri devam etmektedir. Bu süre içinde, yerel mahkemeler yalnızca iki karar vermiştir. Kendisine sunulan tüm belgeleri inceleyerek, AİHM Hükümet'in, kendisini bu davada farklı bir sonuca varmaya ikna edebilecek hiçbir kanıt veya argüman ortaya koymadığı kanısına varmıştır. Konuya ilişkin içtihadını dikkate alarak, AİHM, bu davada işlemlerin uzunluğunun aşırı olduğu ve 'makul süre' şartını karşılamadığı kanısına varmıştır.

Dolayısıyla, 6 § 1. madde ihlal edilmiştir.¹⁸⁶

Bu davada Türkiye başvurucuya faiz ve masraflardan ayrı olarak 8.545 Euro manevi tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. Bu durumda idarenin davanın 31 yıl geçmesine rağmen halen bitirilememesinde haklı gerekçelerin bulunup

¹⁸⁶ AİHM., Ezel Tosun / TÜRKİYE, 33379/02, 10.01.2006

bulunmadığını araştırması, bulunmuyorsa davanın uzamasına kendi işlem ve eylemleriyle sebebiyet veren hakimler hakkında rücu yoluna başvurması söz konusu olacaktır.

Evet, Devletimizin bu şekilde sık sık tazminata mahkum edilmesinin önlenmesinin kanaatimizce en etkin yolu -yapısal reformların ve resmi görevlilerin eğitiminin yanında- tazminat ödenmesine kendi kusuruyla sebebiyet veren görevliye rücu edilmesi olacaktır.

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında idarenin kamu görevlisine rücu etmesi meselesinin incelenmesiyle ortaya çıkan genel sonuç, giriş kısmında da belirtildiği üzere her ne kadar henüz tam anlamıyla işletilmese bile rücu müessesesinin öneminin tartışmasız olduğudur. Rücu mekanizmasının etkin bir şekilde işletilmemesinin bir nedeni, rücu yoluna gerekli önemin verilmeyip, rücu edilmesi gerekli olan hallerde bunun amirler tarafından yerine getirilmemesi ve denetim makamında olanların da denetimlerde bu konunun üzerine dikkatle eğilmemeleridir. Diğer bir sebep de rücu müessesesinin işlevsel bir şekilde uygulanmasını sağlayacak yasal düzenlemelerin yeterli olmayışıdır. Bu bağlamda, Anayasa'nın 40, 125 ve 129. maddelerinde idarenin rücu hakkı açıkça belirtilmiş olmasına rağmen bu hususun kamu personeline ilişkin yasalarda zorunluluk doğurucu nitelikte düzenlenmemiş olması, örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde rücu müessesesinin; *“Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar.... Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır”* şeklinde düzenlenmiş olması, rücu yoluna başvurulmasının takdire bağlıymış gibi değerlendirilmesine yol açmaktadır.

Rücu mekanizmasının işletilmemesinin sebeplerinden biri de doktrinde ve uygulamada hizmet kusurunun genel nitelikte, kişisel kusurun istisna niteliğinde olduğunun kabul edilmesidir. Buna sebep olarak genellikle ifade edilen görüş; kamu görevlilerinin eylem ve işlemlerinden dolayı kişisel sorumluluklarının kapsamı geniş tutulursa kamu görevlilerinin hata yapmaktan ve tazminat ödemekten korkarak hareketsiz kalacakları görüşüdür. Halbuki dünya ile paralel olarak ülkemizin de geldiği ve daha fazlasını hak ettiği gelişmişlik düzeyinde ve hukukun üstünlüğü noktasında kişilerin idareden ve muhatap olduğu kamu görevlisinden beklediği yalnızca, görevin gereklerine uygun davranılması ile savsaklanmadan, itilip kakılmadan, eşit ve insanca muamele görerek hizmet almaktır. Ayrıca bunlar lütuf ve olağanüstü şeyler değil olması gereken hususlardır. Vurgulamak gerekir ki, Devlet Memurları Kanunu'ndaki genel hükme rağmen rücu yolunun işletilmemesi bu yolu işletmeyenler açısından anlaşılabilir bir şeydir. Çünkü bunu işletecek amirler de kamu görevlisi olduğu için ve benzer durumlarda kendilerine de rücu edilmesini

istememedikleri için, kişisel kusurun istisna olma özelliğinin değişmesini arzu etmezler. Ancak, kamu görevlisine rücu edilmesini gerekli kılan hallere ilişkin yeterli olmayan yasal düzenlemelerden dolayı, kamu hizmetinin genel nitelikte olduğu kabul edilmek suretiyle çoğu zaman kişisel kusuru olan görevliye rücu edilmemesi kamu görevlilerinin pervasızlığını artırmakta, bu da bireylerin Devlete ve kamu kurumlarına olan güveni azaltmakta, idarenin vatandaşlar nazarında saygınlığını yitirmesine neden olmaktadır.

Bu noktada kanımızca Sayıştay'a önemli görev düşmektedir. Sayıştay, yaptığı inceleme ve denetimlerde karşılaştığı, kamu görevlisinin kusurundan kaynaklanan ve yargı kararı sonucu idare tarafından karşılanmış olan tazminatların, idari eylem ve işlemi gerçekleştiren kusurlu kamu görevlilerinden alınması için rücu yoluna başvurulmasını sağlamalı, böylece TBMM adına yaptığı denetimle kusurlu kamu görevlilerinin sebep olduğu zararların bütün bir milletin sırtına yüklenmesini önlemelidir.

Rücu müessesesinin işletilmemesinin en önemli sonuçlarından biri de; herkesin mesleğindeki başarısıyla değerlendirilmesini gerekli kılan yeni çağa ayak uydurmak ve isminin önündeki unvanın kendisine verdiği ayrıcalıktan vazgeçmek istemeyenlerin oluşturduğu statükonun devamına hizmet etmesidir. Şöyle ki; bürokratik düzen içerisinde yer alan kamu görevlilerinin kişilere verdikleri zararları devletin karşılamasını müteakip, ilgili kamu görevlisine bunun hesabının sorulmaması yani ödenen tazminatın zarara bizzat sebep olandan alınması için rücu yoluna gidilmemesi statükoyu korumaktadır. Çünkü bürokratik mekanizmada görev alanlar kendilerinin yaptığı her işin hesabını verebilir konumda olmazlarsa işlenen hukuksuzlukların faturasını devlete ve millete ödetmiş olurlar ve bu nedenle kendilerini değiştirme gereğini de duymayacakları için kirlenmiş yapının devam etmesi kaçınılmaz olur. Bu durumun demokratik hukuk anlayışıyla da bağdaştığı söylenemez. Zira demokrasinin esaslarından olan şeffaflık ve hesap verebilirlik ile çağdaş hukuk düzeninin gereği olan istisnasız herkesin kendi kusuruyla verdiği zarardan sorumlu tutulması ilkesi, kusurlu olan devlet görevlilerine karşı rücu müessesesinin işletilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenlerle kanaatimizce, ya istinasız her nevi kamu görevlisini kapsayan, idarenin tazminat ödedikten sonra kusurlu kamu görevlisine rücu etmesini zorunlu

kılan ve yönetmelikle de bunun usulünü düzenleyen bir yasal düzenleme yapılması, ya da 657 sayılı yasada ve bu yasaya tabi olmayan kamu görevlilerinin kendi özel kanunlarında bu hususun yine açıkça, yoruma mahal bırakmayacak ve takdire bağı olduğu intibasını uyandırmayacak şekilde gerekli düzenlemelerin yapılması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut, *Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, C. II*, Beta Yayınevi, İstanbul 2002.
- Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya 2004.
- Altay, Evren, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Aşçıoğlu, Çetin, “Adil Yargılanma Hakkı, Sanık Hakları ve İnfaz”, *Yeni Türkiye Dergisi*, (İnsan Hakları Özel Sayısı), 21 (2), 1998, 926.
- Atay, E. Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Çağlayan, Ramazan, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, (1. Bsk.), Asil Yayın, Ankara 2007.
- Duran, Lütfi, *Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu*, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara 1974.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, (6. bsk.), Beta Yayınevi, İstanbul 1998.
- Giritli, İsmet; Bilgen, Pertev; Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2001.
- Gökcan, H. Tahsin, *Hukumumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Gölcüklü, Feyyaz; Gözübüyük, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku, Cilt II*, Ekin Kitabevi, Bursa 2003.
- Gözübüyük, A. Şeref; Tan, Turgut, *İdare Hukuku, C. II, İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 1999.
- Gözübüyük, A. Şeref, *Yönetim Hukuku*, (13. bsk.), Turhan Kitabevi, Ankara 1999.
-, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.
- Gürsoy, K. Tahir, “Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu”, *AÜHFĐ*, 30 (1-4), 1973, 66.
- Günay, Erhan, *Yargısal Görevlerinden Dolayı Hakimlerin Tazminat Sorumluluğu ile Hakimlere, Cumhuriyet Savcılarına ve Avukatlara Karşı Hakaret Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, (6. bsk.), İmaj Yayınevi, Ankara 2002.

- Hakeri, Hakan, Yargıcın Yargısal Görevinden Ötürü Devletin Sorumluluğu, Erişim Tarihi: 28.04.2010,
http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=35.
- Hançerlioğlu, Orhan, *Felsefe Sözlüğü*, (7. bsk.), Remzi Kitabevi, İstanbul 1989.
- Kaplan, Gürsel, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi* (19), Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İnternet Sitesi, Erişim Tarihi: 11.03.2010,
http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=62
- Karahasan, Mustafa Reşit, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, Ankara 1981.
- Karslı, Abdurrahim, *Usul Hukuku Açısından Rücu Davaları*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1994.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Legal Yayıncılık, Ankara 2005.
-, “Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu”, *AÜHFD.*, 30 (1-4), 1973, 233-234.
- Köprülü, Bülent, *Medeni Hukuk, Genel Prensipler- Kişinin Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1979.
- Kuru, Baki, *Medeni Usul Hukuku*, (11. Bsk.), Yetkin Yayınları, Ankara 1999
- Malkoç, İsmail; Yüsektepe Mert: *Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Cilt I, Malkoç Kitabevi, Ankara 2008.
- Oğuzman, M. Kemal; ÖZ, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (3. bsk.), Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.
- Ozansoy, Cüneyt, *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1989.
- Özay, İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- Öztürk, Bahri, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (3. Bsk.), Ankara 1994.
- Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu*, Cilt I, Ankara 2008.
- Postacıoğlu, İlhan E., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, (6.bsk.), İstanbul 1975.
- Taşkın, Ali, *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

- Tekinay, S. Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk; Altop, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, (7. Bsk.), Filiz Kitabevi, İstanbul 1993 .
- Tercan, Erdal: “*Hakimlerin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin (HUMK 573-576), “Hakim” Kavramı Açısından Uygulama Alanı*”, *AÜHFD.*, 44 (1), 1995, 234-238.
- Türmen, Rıza, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuzda Etkileri”, *Anayasa Mahkemesi’nin 38. kuruluş yıldönümü dolayısıyla düzenlenen panel*, s. 33, Erişim Tarihi: 04.05.2010,
http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/turmen.pdf .
- Ünal, Şeref, *Avrupa İnsan Haklar Sözleşmesi ve İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Basımevi, Ankara 2001.
- Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985.
- Yüksel, Kemalettin, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkındaki İncelemeler”, Erişim Tarihi: 19.03.2010,
http://www.tbb.org.tr/tr/Araştırma_ve_Yayinlar/Dergiler_Detay.aspx?DNo=8.

NOT:

Bu çalışmada kullanılan ve atıf yapılan Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları; **Açıklamalı Kanun-İçtihat Programı’ndan (AKİP)** alınmıştır.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler	
Adı Soyadı	Harun Sağlam
Doğum Yeri ve Tarihi	Erzurum – Horasan 15.06.1979
Eğitim Durumu	
Lisans Öğrenimi	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Y. Lisans Öğrenimi	Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü – Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Bildiği Yabancı Diller	İngilizce
Bilimsel Faaliyetleri	Bir hafta süreyle Avrupa insan hakları mahkemesine inceleme gezisi ve ziyareti (2005)
İş Deneyimi	
Stajlar	Ankara Adliyesinde 2 yıl Süreyle Hakim Stajyerliği
Projeler	
Çalıştığı Kurumlar	Amasya – Taşova Adliyesi’nde 2 Yıl Hakimlik Görevi Malatya – Arapgir Adliyesi’nde 2008 Yılından Beri Hakimlik Görevi Askerliğini Gaziantep 5. Zırhlı Tugay Komutanlığı Askeri Savcılığında Askeri Savcı Olarak Yapmıştır
İletişim	
E-Posta Adresi	harun.saglam@gmail.com
Tarih	25.06.2010