

DANIŞTAY KARARLARINDA HİZMET KUSURU - KİŞİSEL KUSUR AYRIMI

YUNUS AYKIN

DANIŞTAY 10. DAİRESİ TETKİK HÂKİMİ

Evet, Danıştay kararlarında Hizmet Kusuru Şahsi Kusur Ayrımı konumuzun baŐlıđı. İdarelerin varlık sebebi bilindiği gibi kamu hizmetlerini gerçekleŐtirmek ve kamu hizmetlerini gerçekleŐtirmek için kurulan idareler de genellikle kanunla ve tüzel kiŐilik Şeklinde bu iŐi yürütürler. İdarenin tüzel kiŐi olması ŐahıŐların bunun dışında olduğu anlamına gelmez. Neticede idare ŐahıŐlar eliyle bu hizmetleri yürütür. Yani ŐahıŐlar ile idarenin tzelkiŐiliđini birbirinden ayırmak mümkün değildir. Bir anlamda ŐahıŐlar idarenin ete kemiğe bürünmüŐ halidir denilebilir. Genel olarak idare tüzel kiŐiliđinin gayesi kamu hizmetini gerçekleŐtirmektir. Gayesine hizmet etmek amacıyla kamu görevlileri tarafından yapılan her hareket kural dıŐı sakat dahi olsa bundan doğan zarardan idarenin sorumlu tutulması gerekir. Ancak bu konuda Yüksek Mahkemeler arasında tam bir görüŐ birliği olduğunu söylemek mümkün değildir. Şimdi buraya geçmeden önce belki de öncelikle bir hizmet kusurunu, Şahsi kusuru ve görev kusurunun ne olduğunu kısaca hatırlamakta fayda var diye düşünüyorum. Bilindiği gibi hizmet kusuru idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde, tertibinde, teŐkilatın bünyesinde, bu hizmete ayrılan araçlarda, hizmette görevli olan ŐahıŐlarda, hizmetin yerine getirilmesi sırasında verilen emir ve talimatlarda ayrıca yine gereken tedbirlerin alınmaması, kontrolün, denetimin ve gözetimin

yapılmaması nedeniyle bir aksaklık bir bozukluk ortaya çıkmışsa buna hizmet kusuru diyoruz. Ve tanımın içerisinde yer alan unsurlardan da anlaşılacağı gibi hizmet kusuru çok geniş kapsamlı bir kusurdur. Özelliklerinden birisi zaten genel oluşudur, asli oluşudur ve bir diğeri de anonim oluşudur. Hizmet kusurunun bağımsız oluşu nedeniyle idare hukuku esaslarına göre belirlenen ayrı bir kusurdur. Bunu özel hukuktaki kusur kavramıyla karıştırmak doğru değildir. Ve İdarenin hizmet kusurunun asli oluşu ise doğan sorumluluk idarenin kendi sorumluluğudur. Yani personelin haksız fiilinden doğan bir sorumluluk değildir. Çünkü, tanımdan da anlaşılacağı gibi bu personelin kişisel kusurunu aşan hizmetin düzenlenmesini, tertibini, hizmetteki denetimi, tahsis edilen araçtaki yeterliği ve hizmet gereklerine uygun yeterliği taşıyan personelin istihdam edilip edilmediği gibi bir çok unsuru olan bir husustur. Anonim oluşu ise, kusurun herhangi bir şahsa isnat edilmese bile yine idarenin sorumlu tutulması anlamına gelir. Yani idare ajanının kusurlu olmadığını söylemek suretiyle bu sorumluluktan kurtulamaz. Şahsi kusur ise yine öğretilerde yapılan tanımlamaya göre, kamu görevlilerinin açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hataları, kötü niyetli amaçla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için bilerek yani kasten yaptıkları eylemler şeklinde ortaya çıkan kusurdur. Ancak her zaman şahsi kusuru hizmet kusurundan ayırmak mümkün değildir. Kimi zaman da zarara yol açan kusurda hem idarenin hem de personelin kusurunun bir arada bulunması mümkündür. İşte bu ayırımın zor olması nedeniyle bir görev kusuru kavramı geliştirilmiştir. Görev kusuru kavramını özellikle Yargıtay çok sık kullanmaktadır. Çünkü Yargıtay görevden kolayca ayrılabilen, suç kastı taşıyan, kin, garez hisleriyle gerçekleştirilen ve affedilemeyecek derecedeki ağır kusurları görev kusurundan ayırmak suretiyle idare ajanına karşı doğrudan dava açılabileceğini ve doğan zararı karşılamakla ajanın sorumlu olduğu sonucuna ulaşmaktadır. Danıştay açısından bakıldığında ise, Danıştay hizmet kusuru kavramını çok geniş yorumlamaktadır. Yani kavramın biraz önce sözünü ettiğimiz bağımsız, asli, anonim ve genel olma özelliklerini tam olarak kullanmakta, ajanın eylemi suç kastı taşısa bile yine de böyle bir ajanı istihdam eden veya böyle bir ajan üzerinde gerekli denetim ve gözetim görevini yerine getirmeyen idareyi kusurlu olarak kabul etmektedir. Şimdi kısaca bu bilgileri verdikten sonra bir de öğretilerde şahsi kusur görev kusuru ayırımında kullanılan ölçütlerin neler olduğuna değinmemizde fayda var diye düşünüyorum. Bu ölçütlerden birincisi zarar verme kastıyla hareket etme kriteri. Kamu personelinin düşmanlık, kişisel ihtiras, kendisine çıkar sağlama, siyasi kin, nefret gibi subjektif nedenlerle hareket ettiği bu gibi hallerde fiil ve davranışın hizmetin aşamalarından

birini teşkil etmediği, hizmetle ilgisi olup olmadığı bir önem taşımaz. Yani hizmetle bağlantılı dahi olsa, bu kriteri savunanlara göre, eğer kamu personeli kişisel duygularıyla hareket etmişse artık şahsen sorumludur. Ancak kamu personelinin bu eylemi gerçekleştirirken hangi psikoloji ile hareket ettiğini, gizli bir amacı olup olmadığını tespit etmek somut olaylarda her zaman mümkün değildir. Çoğu zaman da zaten kişisel duygularla hareket etse bile bunu gizlemeyi başarabilirler. Bu nedenle bu kriterin uygulanabilirliği olmadığı kanaatindeyim. Nitekim öğretide de çok fazla itibar edilen bir kriter değil, çok fazla başvuru kriterlerinden değildir. bir başka kriter ise ağır kusur kriteridir. Eğer kamu personelinin kusuru affedilemeyecek ölçüde çok ağır ise orada kişisel olarak sorumlu tutulabileceğini iddia edenler vardır ama tek başına kusurun ağır olması bence kamu görevlisinin sorumlu tutulması için yeterli değildir. Bu kriterin kabul edilmesi durumunda şöyle bir şeyin de ortaya çıkma ihtimali vardır: Kusur ağır olursa personel hafif olursa idare gibi ki böyle bir şey olmaz. İdarenin hizmet kusurunun diğer unsurlarından dolayı da çok ağır kusur işleme ihtimali her zaman mevcuttur. Dolayısıyla bu ölçütün görev kusuru şahsi kusur ayrımında kullanılması çok yerinde değildir. Bir diğer ölçüt fiilin suç teşkil etmesi ölçütüdür. Bu kriter gere göre kamu görevlisinin fiil ve davranışı suç teşkil ediyorsa hizmet kusuru teşkil etmez. Yani personel doğrudan şahsen sorumludur. Dolayısıyla kamu personelinin suç sayılan fiil ve davranışları fiil ve davranışın idari olma niteliğini kaybetmesine yani artık görevden ayrılabilen, idareden ayrılabilen, idareye yabancılaşmış bir fiildir. Bu nedenle suçtan dolayı ortaya çıkan zararların kamu personeli tarafından tazmin edilmesi gerektiğini ileri süren düşünce sahipleri de mevcut. Ancak görevle sıkı sıkıya ilişki içinde bulunan özellikle önceki konuşmacı arkadaşımızın ifade ettiği güvenlik hizmetlerinin gerçekleştirilmesi sırasında salt kişisel kusurla görev kusurunu birbirinden ayırmak her zaman mümkün değildir. Yani kamu görevlisi dikkatsizlik, özensizlik sebebiyle de ağır sonuçları olan bir eylemde bulunabilir ama ona yönelmek her zaman mümkün değildir. Doktrinde ve özellikle Yargıtay uygulamalarında en fazla benimsenin bir diğer ölçüt de hizmetten ayrılabilir kusur kriteri. Bu Yargıtay'ın sık sık başvurduğu, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin de son dönemlerde olmamakla birlikte geçmişte zaman zaman kullandığı kriterlerden biridir. Bu kriter gere göre kamu görevlisinin fiil ve davranışlarının hizmetten, görevden ayırmak mümkün ise kamu görevlisinin salt kişisel kusuru söz konusu olmaktadır. Bundan dolayı bizzat kamu görevlisi sorumlu tutulmaktadır. Kamu görevlisinin hizmetle ilgili olarak işlediği kusurları salt kişisel kusur olarak saymağa imkan yoktur. Ancak hangi hallerde hizmetle ilişkili olduğunu ortaya koyabilmek için kamu görev-

lisinin fiil ve davranışının maksat ve konu açısından incelenmesi gerekir. Buna göre eğer kamu görevlisinin amacı idarenin amacına yabancı ise, idarenin amacının çok dışında ise yine kamu görevlisine mevzuatın verdiği yetkinin dışına çıkılmak suretiyle hareket edilmişse bu şekilde gerçekleşen kusurun hizmet kusurundan ayrılabilmesi savunulmaktadır. Kısaca kavramlar ve öğretinin bu konuya yaklaşımına değindikten sonra pozitif düzenlemeler ne diyor ona bakalım. Pozitif düzenlemelere göre ilk başta biliyorsunuz bu Devlet Memurları Kanununun 13. maddesiyle gündeme geldi. 657 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce yani 1965 yılı öncesi bir görev kusuru kişisel kusur ayrımı Yüksek Mahkemeler tarafında da uygulanmaktaydı. Ancak 13. maddeyle birlikte kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, sadece ilgili kurum aleyhine dava açacakları ve kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu edebileceğine ilişkin bir düzenleme getirildi. Bu düzenlemenin gerçekleştirilmesinden sonra önce buradaki korumanın yani kamu görevlisinin şahsi kusuru nedeniyle kendisine karşı adli yargıda dava açılmayacağı anlamına gelmeyeceği, bunun sadece görev kusurlarıyla ilgili bir koruma olduğu yolunda görüşler iletildi ve 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesine kadar da genellikle eski anlayış görev kusuru kişisel kusur ayrımını öngören anlayış büyük ölçüde uygulandı. Ancak 1982 Anayasası ile birlikte Anayasanın 129/5. fıkrası ve yine Anayasa'nın 40/2. Fıkrası ile birlikte adete Anayasa Koyucu bu konudaki tereddütleri gidermek istercesine 657 sayılı Yasa'nın 13. maddesini teyit eden düzenlemeler yaptı. Ve bu düzenlemelerin yapılmasından sonra da yine Uyuşmazlık Mahkemesi başta olmak üzere genellikle bu görev kusuru kişisel kusur ayrımı konusunda önceki alışkanlıkların büyük ölçüde terk edildiğini söylemek mümkün. Peki Danıştay bu ayrımı nasıl yorumluyor. Danıştay kararlarında, sizlerin de dikkatinizi çekmiştir, önce Anayasa'nın 125. maddesine idarenin her türlü eylem ve işlemlerinden dolayı sorumluluğu, genel sorumluluk maddesi yazılır. Arkasından 129/5 yazılır. Dolayısıyla 129/5'in idarenin genel sorumluluğunu, asli sorumluluğunu pekiştiren bir madde olarak değerlendirmektedir Danıştay. Anayasa bir anlamda bunu açık şekilde düzenlemekle teminat sistemini getirmiştir. Teminat sistemini getirmesinden kasıt, mağdur olan kişiler açısından alacaklarını ve zararlarını tazmin edebilecekleri bu tazmin yeteneğine sahip güçlü bir idareyi hasım mevkiine koymuş bulunmaktadır. Bu aslında bireylerin yararına temel hak ve hürriyetlere verilen önemin bir göstergesi olarak değerlendirilebilir. Nitekim Danıştay da hemen hemen kararlarının tümünde 125 ve 129. maddeleri birlikte yazmak suretiyle görev kusuru şahsi kusur ayrımına girmeksizin

doğrudan olayı hizmet kusuru olarak nitelendirmekte ve idareyi sorumlu tutmaktadır. Yine Danıştay'ın görev kusuruna bakışını da belki burada vurgulamakta yarar var. Kamu görevlisini işlem ve eylemlerinin görevinden, yetkilerinden, yetki araç ve gereçlerinden, resmi sıfatından tam ve mutlak suretle ayırmak mümkün değildir düşüncesindedir Danıştay. Yani kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında kamu görevlisi bir kusur işlemişse bunu görevden ayırmak mümkün değildir. Yani kamu görevlisinin ayıbı aynı zamanda idarenin de ayıbıdır diyor. Çünkü kamu görevlisi bunu önce mevzuatın kendisine verdiği bir yetki çerçevesinde gerçekleştiriyor. Bunun yanında olayına göre araç ve gereç kullanıyor. Bu sebeptendir ki keyfi, yanlı, kasıtlı, suç niteliği taşısa bile bunu yaparken idare adına hareket ettiğinden sorumluyu idare olarak belirliyor. Yine Danıştay kamu görevlilerinin açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hatalarını, kötü niyetle ilgiliye zarar verme veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için bilerek yani kasten yapılmış olsa bile bu kusur ne kadar ağır olursa olsun hukuka aykırı eylem ve işlemlerden doğan şahsi kusuru da görev kusuru olarak değerlendirmekte ve hizmet kusuru kapsamında idareyi sorumlu tutmaktadır. Bu ayırım gündeme geldiğinde bu görev kusuru şahsi kusur ayırımını kimin yapacağı konusu, tartışması gündeme gelmekte. Eğer dava doğrudan adli yargı yerinde açılmışsa, adli yargı yerinin öncelikle görev kusurunun hizmet kusurundan ayrılıp ayrılamayacağı yolundaki tespiti yapacak, eğer bu ayrılamıyorsa görevden reddedecektir. İdari yargı açısından ise böyle bir durum söz konusu değildir çünkü Danıştay zaten görev kusuru kapsamında değerlendirmekte ve hizmet kusuru kapsamında idareye yüklemektedir. Bu konudaki değerlendirme yapma yetkisinin adli yargıya verilmesinde idare hukuku ilkelerine göre belirlenmesi gereken hizmet kusurunu değerlendirme ve sonuca ulaşma görevi de bir anlamda adli yargının görevine bırakılmış olmaktadır. Zaten bu ayırımın doğal bir sı-onucu da görev sorununu gündeme getirmektedir. Bu konuda bir görev uyuşmazlığı çıktığı takdirde de konu Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından çözümlenmektedir. Son yıllarda da Uyuşmazlık Mahkemesi görev kusurunu esas almakta ve idari yargı yerlerince çözümlenmesi gerektiğini söylemektedir. Söylediklerimizi teyit eden bazı Danıştay kararlardan örnekler vermek gerekirse davacının içinde bulunduğu aracın 3. Ordu Komutanlığı Eğitim Tugayı'na bağlı askerlerin açtığı ateş sonucunda yaralanmasından dolayı uğradığı zararların tazmini için açılan davada, idare mahkemesi kusursuz sorumluluk ilkesini uygulamış, ancak Danıştay memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri görev kusuru olarak adlandırılan eylemlerinden doğan tam yargı davalarının kurum aleyhine açılabileceğini, kamu hizmetinin işleyişini ve ge-

reklerinin değerlendirmesinde yetkili olan yerin idari yargı olduğunu, olayda yürütölen hizmet sırasında erin emir, nizam ve talimatlara aykırı olarak ateş açması şeklindeki görev kusuru nedeniyle üstlendiği kamu hizmetini kötü iş-leten davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğunu yani öncelikle karine olarak hizmet kusurunun bulunduğunu kabul ediyor. Zaten şahsi kusur ayrı- rına dahi girmeye gerek görmüyor hatta kusursuz sorumluluk ilkesi yerine hizmet kusurunun uygulanması gerektiğini söylüyor. Yine bir başka kararda davacının çocuklarının emniyet müdürlüğünde işkence görmesi sonucu ölü- mü nedeniyle uğranıldığı ileri sürölen zararın tazmini istemiyle açılan davada mahkeme davayı kabul etmiş, ancak davalı idare eylemin kamu görevlisinin şahsi kusurundan kaynaklandığını dolayısıyla hizmet kusuru ilkesi uyarınca kendileri aleyhine tazminata hükmedilemeyeceği iddiası ile temyiz etmiş, bu- rada da Danıştay, kamu görevlisinin eylemi suç teşkil etse dahi bundan dolayı yine de idarenin sorumlu olduğunu, buradaki idarenin sorumluluğunun özel hukuktaki işçi çalıştıranın kusursuz sorumluluğu şeklinde değil, idarenin hiz- met gereklerine uygun vasıflarda personeli istihdam etmediği, onları eğitme- diği, onların seçiminde gerekli özeni göstermediği, görevlerini yapmaları sıra- sında onlar üzerindeki gözetim ve denetim görevini yerine getirmediği gerek- çesiyle hizmet kusuruna dayandırmakta. Olaya bakıldığında işkence aynı za- manda suç, ayrıca ağır bir kusur. İçinde kasıt var, mevzuatın kamu görevlisine verdiği bir yetki yok yani işkence yapma yetkisi diye mevzuatta bir yetki yok zaten. İşkence suç olarak değerlendiriliyor ve tespiti halinde cezalandırılıyor. Burada, özellikle bu kararda kamu görevlisinin şahsi suçu olarak nitelendirile- bilecek tüm ölçütler mevcut olmasına karşın Danıştay hizmet kusuru kapsa- mında değerlendiriyor. Yine sağlık hizmetiyle ilgili bir başka örnekte hatalı enjeksiyondan dolayı ayağının sakat kalması nedeniyle uğranılan zararın taz- mini istemiyle açılan davada da Danıştay bunu hizmet kusuru kapsamında değerlendiriyor. Yani enjeksiyonu yapan sağlık personelinin kişisel kusuru olarak değerlendirmiyor, idarenin tıbbi gereklere uygun tedaviyi sağlamak ve bu tedaviyi sağlarken de hizmetin yürütölmesi için gerekli personeli istihdam etmekle yükümlüdür diyor ve bunu istihdam etmediği için idareyi sorumlu tutuyor. Yine hatalı olarak sodyum klorür verilmesi sonucu çocukları ölen da- vacı anne babanın uğradığı zararının tazmini için açtığı davada da Danıştay, hizmet kusuru kapsamında değerlendiriyor. Yine bir ameliyat sırasında hasta- nın karnında batım bezi unutulması neticesi yapılan ikinci operasyonda hasta- nın dalağının alınması zorunda kalınıyor. Bu nedenle uğranılan zararın tazmi- ni için açılan davada da biraz önce söylediğim gerekçeyle hizmet kusuru kap- samında değerlendirmiş ve idareyi hizmet kusuru ilkesi uyarınca tazminata

mahkûm etmiştir. Verdiğim kararların tümünden hareketle şunu söylemek mümkündür: Bir, Danıştay, hizmet kusurunu tıpkı tanımda olduğu gibi çok geniş olarak yorumlamaktadır. İki, pozitif düzenlemelere uygun olarak teminat sistemini uygulamaktadır. Yani kümülatif kusur yerine, şahsi kusur görev kusuru ayırımına gitmek yerine teminat sistemini uygulamaktadır. Bunda da vatandaşların yararını gözetmektedir. Kamu görevlisinin sorumluluğunu ise sadece rücu sorunu olarak değerlendirmektedir. Nitekim bazı kararlarında da yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle uğranılan zararların tazmini istemiyle açılan davada, Danıştay davacının talebi olmamasına rağmen bir kararında 657 sayılı Yasanın 13. maddesi ve Anayasa'nın 129/5. fıkrasını yazmak suretiyle sorumlu kişiye rücu edilebileceğinin kuşkusuz olduğu belirtmiş, bir başka kararında bununla da kalmamış hüküm fıkrasında sorumlu kişiden tahsil edilmek üzere kararın bir örneğinin Maliye Bakanlığına tebliğine karar vermiştir. Bu ikinci husus tartışmalı olmakla birlikte Danıştay devlet memurlarının kendi yaklaşımı nedeniyle sahip oldukları koruma nedeniyle, keyfi davranmaları nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunların rücu sisteminin işletilmesi yoluyla aşılabileceğini, sorumluluk anlamında ise idarenin asli ve genel sorumlu olarak kabul edilmesinin zarara uğrayanlar yönünden bir teminat olduğunu bunun da aynı zamanda pozitif düzenlemelere uygun olduğu düşüncesindedir. Böyle yaklaşmakla da bir anlamda ortaya çıkabilecek adli yargı mı bakar, idari yargı mı bakar tartışmasını da baştan aşmış bulunmaktadır. Yani önüne gelen davalarda bunu hizmet kusuru kapsamında değerlendirmek suretiyle bu sorunu aşmış bulunmaktadır. Benim bu konuda söyleyebileceğim bunlar sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI PROF. DR. E. ETHEM ATAY - Sayın Aykın'a teşekkür ediyoruz. Tabi bu hizmet kusuru kişisel kusur ayrımı izah etmek o kadar kolay bir mesele değil yani derslerde anlatırken hep sıkıntı çektiğimiz, bazen sorularda da öğrencileri sıkıntıya düşürdüğümüz bir mevzu. Anayasa'nın 129. Maddesinden kaynaklanıyor. Başlangıçtaki idarenin sorumluluğunun kabulündeki zorlanma bu anlamda bir hizmet kusuru kişisel kusur ayırımının yapılmasına da sebep verdi. Fakat, son zamanlardaki hem doktrinde hem de yargı kararlarında, az önce de Aykın'ın anlattığı gibi, gidişat herhalde idareyi sorumlu tutalım. Ancak tabi bu anlamda biraz sonra Sayın Bahtiyar Bey'le de biraz farklı düşüncelerimiz var, İdari Usul Kanunundan hatırlıyorum. Orada biz bir takım düzenlemeler yapmaya çalışmıştık fakat, sıkıntılar doğacağı da kesin. Burada özetle şu söylenebilir. Kamu görevlilerine, memurlara tanınan bu üstünlük yetkisinin kullanılması kamu yararı amacıyla sınırlıdır. Dolayısıyla

Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009

sıyla kamu yararı amacının dışında bu yetkinin kullanılması durumunda o yetkiyi kullananların sorumluluğu söz konusu edilmelidir. Aksi takdirde hep Devleti sorumlu tutmak sorumluluğun varlık sebebini biraz zorluyor gibi geliyor. Mesela işkence olaylarında idare işkenceyle ilgili kamu görevlilerinin üzerine gitmiş, gereken yapılmışsa herhalde idarenin sorumlu tutulması biraz sorunu şey yapabilir. Tabi Aykırın cevap hakkı doğdu ama onu biraz sonra tartışmaya açmak istiyorum.

OTURUM BAŞKANI PROF. DR. E. ETHEM ATAY - Hocam, rücu meselesinde inşallah İdari Usul Kanunu Tasarısındaki tartışmaları da dile getirirsiniz ve Danıştay Beşinci Dairesi'nin yakın zamanda vermiş olduğu bir karar var ondan da bahsederseniz herhalde bugünkü oturum amacına varacaktır. Teşekkür ederim.