

İDARENİN KUSURLU PERSONELİNE RÜCU SORUNU

PROF. DR. BAHTİYAR AKYILMAZ
GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
ÖĞRETİM ÜYESİ

Şimdi boşuna bekliyorsunuz hiçbirinden bahsetmeyeceğim. Efendim hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Konu aslında rücu sorunu aslına bakarsanız uygulamaya bakıyoruz böyle bir sorun yok. Rücu davaları adli yargıda açılıyor. Yargıtay, Devlet Memurları Kanunu 13. madde çerçevesinde bir içtihadı oluşmuş zaten 1982 Anayasasındaki değişiklikten sonra da çok önemli bir değişiklik de olmadı bu içtihat-ta aynı şekilde devam ediyor. Sorun nerde? Ben giderek sorunun kendimde olduğunu düşünmeye başladım. Ben de 1988-89'dan beri idarenin sorumluluğu ile ilgili çalışıyorum. Doktora tezim de bu konuyla ilgiliydi profesörlük takdim tezi olarak da yine sorumlulukla ilgili bir konu yazdım. Fakat ikisini de bastırmaya cesaret edemedim. Bunu nedenlerinden bir tanesi bu rücu meselesidir. Hala mesele, sorun diyorum ama bana göre sorundur. Diğeri de kusursuz sorumluluktur. Sağ olsun iki değerli hukukçu arkadaşımız bu konuyla ilgili cesur yaklaşımlarla çalışmaları yaptılar. Hem Ramazan Hocam hem de Zuhâl Hanım buradalar kendileri ikisi de kusursuz sorumlulukla ilgili değerli eserler ürettiler. Hakikaten idare hukukuna önemli katkılar sağladılar.

Şimdi bir kere hemen şunu belirtiyim rücu sorunu dediğimiz sorunun halledilebilmesi için öncelikle bu kişisel kusur hizmet kusuru ayrımının net bir şekilde ortaya konulması gerekir. Bu eğer net olarak ortaya konulamıyorsa bir idare hukukçusu olarak bana göre bu sorunlar devam eder gider. Sayın Aykın biraz önce hizmet kusuru ve şahsi kusura ilgili yaklaşımları, kriterleri de söyledi. Aslında muhtemelen çalışmasında da bol miktarda Yargıtay kararından yararlanmıştı. İşte sorunlardan bir tanesi de bu zaten. Yani bu konuda hizmet kusuru kişisel kusur ayrımıyla ilgili olarak biz ağırlıklı olarak Yargıtay kararlarından yararlanmak durumunda kalıyoruz. Yargıtay sitesinde hizmet kusuru diye kavramdan bir tarama yaptığımızda bir sürü karar çıkıyor karşımıza. Bu ilgi çekici bir durum aslında Türkiye’de adli yargı idari yargı ayrımı yapılmış. Bunun Anayasal temelleri var. İdari yargı niye ortaya konulmuş, bir ihtisas mahkemesi, ihtisas yargısı olarak ortaya konulmuş. Aslında idarenin sorumluluğuyla ilgili, idari işlemle ilgili kararlar verecek olan yargı yeri idari yargı yeri. Ama ilginçtir bizde idarenin sorumluluğu konusunda nerdeyse otorite olmuş Yargıtay. Özellikle Dördüncü Hukuk Dairesinin bu konuda bir sürü kararı var. Bu ise genellikle rücuyla ilişkin davalarda karşımıza çıkıyor. Bence aslında bir kere isim yanlış. Rücu özel hukukta biliyorsunuz bir başkasının borcunu ödeyen kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi giderme amacına yönelik tazminat talebini ifade ediyor. Şimdi burada kamu görevlisi idarenin malvarlığında bir eksilmemi meydana getirmiş oluyor? Rücuyla ilgili konularda bir kere bunu net olarak ortaya koymak lazım. Az önce Sayın Aykın bahsetti: Danıştay aslında böyle düşünmüyor. Yani Danıştay, genel olarak onun da istikrar kazanmış bir uygulaması var ben de yürekten bunu destekliyorum. Bana göre kusur sorumluluğu denildiğinde asıl olan hizmet kusurudur. Hatta ben zaman zaman belki kimilerine deli saçması gelecek fikirler de ileri sürerek kişisel kusurun sadece rücuyla ilgili bir şey olduğunu düşünüyorum. Yani rücuyla ilgili konularda dikkate alınması gereken bir şey olduğunu düşünüyorum. İlk başta aslında doktora tezimi yazarken de bu Alman Hukuku’ndaki görev yükümlülüğünün ihlali nedeniyle doğan sorumluluk kavramı hoşuma gitmişti. Öyle çalışmaya başlayıp uzun uzun doktora tezimde de görev kusurunun ne olduğunu anlatmıştım. Ama yirmi yıl içinde geldiğim nokta şu, ben kesinlikle görev kusuru kavramını reddediyorum. Bir kere biz kişisel kusur hizmet kusuru ayrımını net olarak ortaya koyamamışken bir de araya görev kusuru sıkıştırmak. Hele Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi’nin içtihatlarında ayrıca belirtilen salt kişisel kusur diye bir başka kavramı daha bu işin içine dahil ettiğimizde karşımıza bir sürü kavram çıkıyor. Tekrar söylüyorum biz kişisel kusur hizmet kusuru ayrımını

net olarak yapamamışız. O zaman bunu yapamamışken birde araya görev kusurunu, salt kişisel kusuru vesaire katacak olursak bu iş, içinden çıkılmaz bir hal alıyor. Şimdi bu genel açıklamaları yaptıktan sonra ben genel olarak bu konuyla ilgili kendi görüşlerimi size ifade etmek istiyorum. Zaman zaman Danıştay içtihatlarından da yararlanacağım bu konuda. Genel olarak bir çerçeve ortaya koymak istiyorum. Bir kere bu Devlet Memurları Kanunu'nun çıkarılmasına kadar Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında bir istikrar var. Eğer kişisel kusur denilen bir durum varsa adli yargıda dava açılacağı; eğer hizmet kusuru varsa idari yargıda dava açılacağı kabul ediliyor. Bu dönemde çok önemli bir karar var. Konuralp kararı. Rahmetli Profesör Sıddık Sami Onar'ın da dâhil olduğu bir olayla ilgili verilmiş bir karar. Bir profesörün görevden el çektirilmesiyle ilgili olarak açtığı tazminat davasında Danıştay idarenin ağır kusuru olduğunu açıkça belirtmiş kararında, kararın devamında da yüzde kırk oranında da Sıddık Sami Onar'ın kusurunun bulunduğunu belirtmiş. Kararda bunu açıkça söylüyor. Tabi Onar bunu şiddetle eleştirmiş o dönemde. Haklı da aslında bir takım eleştirilerinde. Rahmetli Onar diyor ki: Bir kere bu dava idari yargıda görülen bir dava, idari yargıda kişilere karşı dava açılmaz dolayısıyla benim savunmam alınmadan, idari yargı benim de sorumluluğuma hükmedemez. İkinci olarak da aslında kişisel kusurun aslında haksız fiil olduğunu ifade ediyor Onar. Benim itirazım da bu noktada. Ben, kesinlikle kişisel kusurun bir haksız fiil olmadığını düşünüyorum. Yani kişisel kusuru haksız fiil olarak görmenin mümkün olmadığını düşünüyorum. Bu karar gerçekten önemli bir karar. Benim de etkim olduğunu düşünüyorum çünkü benim doğduğum yıl verilmiş bir karar. Bunu meslektaşlarım böyle düşünmüyor ama. İkincisi kararın adı Konuralp Kararı. Mesela son dönemde artık davacının ismiyle anılan hiçbir kararı görmüyoruz. O dönemde demek ki daha cesurmuş Yüksek Yargı Yeri. Davacının adıyla anılan kararlar ortaya çıkabiliyormuş. Şimdi nokta nokta kararları davacının isimleri yer almıyor. Niye bunu yapıyor yüksek yargı doğrusu bunu anlamıyorum. Ama dediğim gibi önemli bir karar. Kararda kişisel kusuru da tespit ediyor idari yargı yeri, kişisel kusurun oranının da belirliyor. Bir yıl sonra yine Danıştay Sekizinci Dairesi'nin bir kararı var yine aynı şekilde verilmiş bir karar. Bu içtihadını o dönemde devam ettirecekmiş gibi görünüyor ama akabinde Devlet Memurları Kanunu 13. madde çıkıyor. Hepimizin genel olarak bildiği biraz önce Sayın Aykın'ın da bahsettiği madde. İşte kamu görevlilerinin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili verdiği zararlar nedeniyle ancak idare aleyhine dava açılacağı, kurumun da sorumlu personele rücu hakkının saklı olduğunu belirten bir madde. Aslında bu madde ile kanuni teminat sistemine geçilmiş

oluyor. Yani zarar görenlerin zararlarını güçlü olan idareden kolayca temin edebilmesi, tahsil etmesi; idarenin de sorumlu personele rücu etmesini öngören bir madde. Aslında burada rücu saklı tutuluyor. Sanki idarenin takdir yetkisi varmış gibi bir düzenleme yapılıyorsa da normalde gerekçesiyle birlikte okuduğunuzda burada temel amacın şahsi kusuru bulunan kamu görevlisinin de kusurunun devam etmesinin arzu edildiği ortaya çıkıyor. Ama biraz önce Sayın Aykın da bahsetti, maalesef Yargıtay içtihadı özellikle şahsi kusuru bulunan kamu görevlilerinin keyfi biçimde, devlet bütçesini zarara uğratmak amacıyla istedikleri zararı verip rücu hakkı saklı olduğundan idare de rücu etmezse bu yanına kar kalır düşüncesinden hareketle kişisel kusurun varlığı halinde adli yargıda kamu görevlilerine karşı dava açılmaya devam edilebileceği yolunda içtihadını devam ettirdi. 1982 Anayasası aslında bu hükmü pekiştirmek amacıyla 129. maddesinin 5. fıkrasında ve 40. maddesinin 2. fıkrasında, gerçi bu da tartışmalı şimdi 2. fıkra olarak yeni bir hüküm eklendi bu başvuru yollarının gösterilmesiyle ilgili olarak hala bu ikinci fıkra mı üçüncü fıkra mı o konu tartışmalı, Anayasa değişikliğinden bunu anlamıyoruz ama Başbakanlığın sitesinde de genel olarak bütün Anayasalarda da 40/2 hükmünün 40/3 hükmü olduğunu da görüyoruz. Bu da bu şekilde yazılmaya başlandı. 40/2 ve 129/5'de 13. maddedeki esasın pekiştirildiğini, artık bir anayasa hükmü haline getirildiğini daha somutlaştığını görüyoruz. 129. maddede açıkça kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davranışlarıyla verdikleri zararlar nedeniyle davanın ancak idare aleyhine açılabileceği belirtiliyor. Ama özel bir düzenleme yapılmış 13. maddeden farklı olarak artık rücunun saklı tutulmadığını rücu edilmek kaydıyla idare aleyhine açılacağı davaların belirtilmek suretiyle rücunun bir anayasal emir haline, zorunlu bir müessese haline getirildiğini görüyoruz. Danıştay zaman zaman bu uygulamayı zorlamak amacıyla kararlarında ki son dönemlerde bu nevi kararlarını da yine az da olsa görüyoruz. Yayımlanmış bu konuda kararlar var. Danıştay'ın zorladığını görüyoruz idareleri. Ne oluyor? Mesela bu tür olaylarda kamu görevlilerinin kusurlarıyla verdiği zararlar nedeniyle açılan davalarda, Danıştay olayda kamu görevlisinin de kişisel kusurunun bulunduğuna hükmediyor. Yani sadece burada idarenin kusuru vardır, bu kadar zarar ortaya çıkmıştır, bunun tazmini gerekir demiyor; bunun yanında kamu görevlisinin de kişisel kusurunun bulunduğuna kararda açıkça ifade ediyor. Bu şekilde aslında idareyi de o kamu görevlisine rücuyla zorluyor. Bunlar aslında önemli kararlar. Bir kere bunları belirtmek lazım.

Şimdi burada uygulanacak hükümlerle ilgili olarak rücu konusunda bir

problem var. Rücu aslında Anayasanın hükmünde hemen okuyayım size 129. Maddeyi: “*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla*” ve buraya dikkatinizi çekiyorum “*ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*” şimdi genel olarak bizde hukukçuların, idare hukukçularının da özel hukukçuların zaten genel olarak böyle bu maddeyle ilgili yorumu, burada kastedilen kanunun Borçlar Kanunu olduğu ve burada uygulanacak hükmün de Borçlar Kanunu 41 ve devamı hükümleri olduğu yolundadır. Şimdi Fikret Hoca herhalde dün o da tebliğ sundu, bu konuyla ilgili epeyce bir çalışması var hocanın kendi kitabında da önemli bir yer ayırmış bu konuya. O açıkça aslında Anayasa’da böyle bir hüküm olmasaydı bile bu konuda Borçlar Kanunu 41 ve devamı hükümlerinin zaten uygulanması gerektiğini belirtiyor. Ama Anayasa ayrıca bir hüküm koymuş, demiş ki kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak bir kere burada acaba bundan Borçlar Kanunu’nu anlamak gerekir mi? Bunu iyice tahlil etmek gerekir. Benim şahsi kanaatim, aslında burada Anayasa koyucu yasa koyucuyu zorluyor. Bu konuyla ilgili olarak özel bir düzen yapması gerektiğini ifade ediyor. Ama böyle bir düzenleme şu anda yok. Ne 129. Maddede ne Devlet Memurları Kanunu’nun 13. Maddesinde rücuyla ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamış. Hal böyle olunca davalar adli yargıda açılıyor ve Borçlar Kanunu 41. ve devamı maddeleri uyarınca da rücu davaları görülüyor. Bunun sakıncası nedir? Bunun sakıncası şudur: Bir kere her şeyden önce kişisel kusur, haksız fiille eşit kabul ediliyor. Yani kişisel kusur varsa bu kamu görevlisi için bir haksız fiildir. Ama böyle bir durum söz konusu değil, yani hiçbir zaman kişisel kusur haksız fiil olarak kabul edilemez. Kişisel kusur bir idari kusurdur. Durup dururken kamu görevlisinin ortaya çıkardığı kusurlu bir davranış değildir. Bir kere kendisine bir yetki verilmiştir, kamu gücü kullanma yetkisi verilmiştir. İdare tarafından kamu hizmetini yerine getirsin diye bir takım yetkiler verilmiştir. İdare tarafından onun yapacağı işler düzenlenmiştir. Bir takım enstrümanlar, hizmet araç gereçleri verilmiştir. Tüm bunlarla gerçekleştirilen bir kusur vardır. Bu yüzden de bir kere kişisel kusuru bir idari kusur olarak özel bir kusur olarak görmek gerekir. Haksız fiil olarak kabul etmek, o zaman gerçek anlamda hizmet kusuruna da haksız fiildir demek olur. Bunu da kabul etmek mümkün değildir. Eğer bunu kabul etmeyeceksek o zaman şöyle bir durum ortaya çıkıyor: Hizmet kusurunu belirleyecek olan, bir idari kusur olduğu için, idari yargı yeri olduğuna göre kişisel kusur da bir idari kusur olduğuna göre onu belirleyecek olan da idari yargı yeri olmalıdır. Şimdi ben bir fanatik taraftar

gibi idari yargıyı savunan bir kişi değilim. Bir kere bunu söyleyeyim. Ama Anayasal temelleri olan bir ayırım bu. Türkiye’de idari yargı adli yargı anayasal temellere dayanıyor. Böyle bir ayırım olmasa o zaman problem yok. Ama böyle bir ayırım varsa ve eğer kişisel kusuru belirleme yetkisi, hizmet kusurunu belirleme yetkisi idari yargı yerine verilmişse, ihtisaslaşmış bir yargı yerine verilmişse bununla ilgili karar verme yetkisinin adli yargıda olmaması gerekir. Ama maalesef uygulamada böyle bir durum var. Dolayısıyla bir kere hem usulde bir problem var hem de uygulanacak kurallar bakımından da bir problem var.

Onun dışında başka ufak tefek sıkıntılar da söz konusu. Mesela Alman uygulamasında kamu görevlisinin hafif kusuru kamu görevlisinin sorumluluğunu gerektiren bir durum olarak görülmemektedir. Ağır kusur veya kasten vermiş olduğu zararlar, kamu görevlisi için sorumluluk gerektiren bir durumdur. Ama Türkiye’de böyle bir uygulama da yapılmamaktadır. Yani kamu görevlisinin kusurunun niteliği konusunda da herhangi bir araştırma yapılmamaktadır. Hatta çoğu zaman şöyle bir durum karşımıza çıkmaktadır: İdari yargı açılan tazminat davasında olayı yargılamakta, hizmet kusuru bulunduğunu tespit etmekte, idareyi tazminata mahkûm etmekte, sorumlu personel söz konusuysa da idare, tazmin ettiği miktarın tamamıyla ilgili olarak da adli yargıda kamu görevlisine rücu davası açmaktadır. Yani yüz bin liralık zarar söz konusuysa, idare yüz bin lirayı tazmin etmek zorunda kalmışsa, adli yargıda yüz bin liranın tamamıyla ilgili olarak da kamu görevlisine rücu davası açmaktadır. Bunu kabul etmek de mümkün değildir. Yani kişisel kusur varsa idarenin de mutlaka hizmet kusuru vardır. Bir kere Danıştay kararlarında sıklıkla söylenen bir şey vardır. Kamu görevlisinin göreve alınmasında, yetiştirilmesinde, denetlenmesinde kusuru vardır. Kamu görevlisi durup dururken kusurlu davranan bir adam değildir ki organizasyon da mutlaka problem vardır. O yüzden bir kere belki özel durumlar olabilir tamamından sorumlu olabileceği özel durumlar olabilir ama genel de bir kere bu ödenen tazminat miktarının tamamıyla ilgili rücu edilmesi sıkıntılıdır. Her hâlükârda kamu görevlisinin kişisel kusurunun oranı miktarında adli yargıda bu davanın açılması gerekir. Şimdi adli yargıda açılan davalarda adli yargı yer, bir daha hizmet kusurunun oranı ne kişisel kusurun oranı ne diye yargılama yaparsa o zaman idari yargının yetki alanına girmiş bir alanda yargılama yapmak durumunda kalacaktır. Bu yüzden ben kesinlikle rücu davalarının adli yargıda açılmasına karşıyım. Bu konuyla ilgili ciddi bir yasal eksiklik var. 129. maddedeki kanunun çıkarılması lazım bana göre, bunun düzenlenmesi lazım,

idari usul kanunu da belki bu anlamda bir bu olaya katkı sağlayacak bir durumdur ama şu anda bile bence şunlar yapılabilir: Bir kere kişisel kusurun bulunduğu durumlarda, idari yargı yerinde dava açıldığında, idari yargı yeri eğer kişisel kusurun da var olduğunu düşünüyorsa bu davayı mutlaka kamu görevlisine ihbar etmelidir. Kamu görevlisinin idari yargıdaki bu davaya müdahalesine imkan tanınmalıdır ve müdahil olarak kamu görevlisi de o davada bulunmalı, onun savunması da bu davada alınarak mutlaka hizmet kusuruyla kişisel kusurun oranları net bir şekilde belirlenerek karar verilmelidir. Bu bir yargı kararıdır. Bu karara dayanarak doğrudan doğruya idare kamu görevlisine müracaat ederek bu miktarı ondan talep edebilir. Bu doğrudan doğruya maaştan kesinti anlamına gelmez, çünkü bir yargı kararına dayanmaktadır. Aslına kamu görevlisi kendisine bu kararı gerekçe göstererek rücu talebinde bulunan idari işleme karşı da bence ayrıca bir idari dava açma hakkına da sahiptir. Yani bunun da ayrıca yargısal denetiminin yine idari yargıda yapılması mümkündür. Eğer böyle bir sistem gerçekleşecek olursa ki bence bunun önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır, o zaman rücu sisteminin de daha sağlıklı işleyeceği düşünülebilir. Beni dinlediğiniz için hepinize çok teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI PROF. DR. E. ETHEM ATAY - Sayın Akyılmaz'a biz de teşekkür ediyoruz. Tabi bu rücu meselesi idare hukukunda üzerinde çok laf söylenecek ve çözüme ulaşmamış bir mesele olarak varlığını korumaya devam ediyor. Belki o İdari Usul Kanunundaki mesele tekrar gündeme gelirse sorun bir neticesiyle çözüme kavuşturulmuş olacak.

Bu ihbar yükümlülüğüne ilişkin tespitinize katılmamak mümkün değil. Aksi takdirde burada adil yargılanma ilkesinin de zedelenmesi söz konusu. Ayrıca buna bir ekleme yapmak gerekirse, Anayasa'nın bu amir hükmü gereğince idarelerin yapacakları düzenlemelerle rücuyla ilişkin idari anlamda yapması gereken işlemleri genel kurala tabi kılmaları lazım. Bu anlamda rücuyla ilişkin genel esaslar koyup belki bu tür bir davayla karşılaşıldığı zaman kişisel kusurun olma ihtimalinin fazla olduğu durumda bir soruşturma yapılır, bir araştırma gerçekleştirilir. Bu çerçevede içerisinde bir işlem yapıp onun üzerine adli yargıda dava açarsa daha sağlıklı netice alınır diye düşünüyorum.

Tabi bu günkü, bu oturumdaki idare hukukunun muhtelif meselelerine ilişkin tartışmaları sonlandırmış değiliz. Böyle bir iddiamız da yok. Biz sadece bir giriş yaptık. Bu çerçevede içerisinde hocam da müsaade ederse bir on dakikalık korsan tebliğ olmamak şartıyla sadece soruyu kime yönelttiğinizi

de söylerseniz üç arkadaşta da soru sorma imkanı tanıyacağız. Buyrun.

ZUHAL BEREKET - Ben hepinize çok teşekkür ederim. Geçmişten beri çalıştığımız konuları tekrar gözden geçirme şansı verdiniz. Benim özellikle kafama takılan bir konuyu Ramazan Çağlayan Bey'e yöneltmek istiyorum. Terörle mücadeleyle ilgili zararların tazminine ilişkin zarar gören kişinin sulhname imzalaması halinde zararın varlığı ve tazmin edildiğini gösteren bir sulhname imzalanması halinde bu zarar miktarının kabulü anlamına geliyor ne yazık ki. Ve sulhname imzalayan kişinin o zarar miktarıyla kendini tatmin anlamında yeterli bulacak ve başka bir hak talep etmeyecek sonucu çıkıyor. Oysa ki biliyoruz ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlarda ilgilinin gerçek zararının karşılanması ve adil doyum ilkesi zarar görenin zararının tazmini suretiyle tatmin edilmesi esası var. Benim gözlemlediğim, uygulamada gördüğüm açıkçası bu sulhname yoluyla kabul edilen zarar miktarları ne yazık ki tatminden oldukça uzak. Yani zamanında ya da olay olduktan sonraki dönemde sulhname imzalanmayıp yargıda dava açıldığında verilen tazminat miktarıyla sulhname yoluyla alınan miktar arasında fark olduğunu düşünüyorum. Dolayısıyla yargının bu konudaki uygulamalarını tam olarak bilmemekle birlikte, bildiğim kadarıyla sulhname imzalanmasını bir engel olarak görüyorlar ve bu konuda söylenen şu, şu anda bu komisyonlarda yaklaşık üç yüz bin tane başvuru varmış. Bunun on dört bin tanesi sonuçlandırılmış ve bunları birçoğu da tekrar yargıya taşınmış dolayısıyla şu anda çok büyük bir yargının büyük bir iş yükü altına gireceği bir alan ve özellikle belki erken olmakla birlikte bu konunun da tartışılmasında fayda var diye düşünüyorum. Sizin bu konudaki görüşünüz nedir? Sulhname engel midir sizce?

OTURUM BAŞKANI PROF. DR. E. ETHEM ATAY - Teşekkür ediyorum. İsterseniz diğer iki soruyu da alıp üçünü birlikte cevap verelim. Buyrun Bülent Bey.

DİNLEYİCİ - Bahtiyar Hocama soru sormak istiyorum. Rücuyla ilgili yazdığımız bir makalede Anayasa'nın 125. Maddesinde kanundan bahsediyorsunuz. Bu kanun sadece rücu mu ilgilendirmeli yoksa genel olarak idarenin sorumluluğuna ilişkin bir kanuna ihtiyaç var mı? Ben bir kanun yapılması gerektiğini düşünüyorum aslında buna idari usul kanununda yer verilmiş ama oldukça önemli bir konu. Siz bu konuda ne düşünüyorsunuz? Rücu da içeren bir kanuna ihtiyaç var mı?

Bir de Ramazan Hoca'ya bir soru sormak istiyorum: Geçici kamu görevlilerinin yangında ya da sel felaketlerinde gönüllü olarak katılan kişiler bir zarara uğrarsa bunda idarenin sorumluluğu nedir? Biraz bahsetmişsiniz ama bunu biraz açar mısınız?

OTURUM BAŞKANI PROF. DR. E. ETHEM ATAY - Evet üçüncü soru, buyurun.

DİNLEYİCİ - Benim sorum da Bahtiyar Hoca'ya olacak. Bu rücu davaları belki de özel bir yasal düzenlemeyle adli yargıda açılmasın idari yargıda açılсын değerlendirmenize yalnızca rücu davaları açısından değil ama idarenin kamu görevlilerine açacağı diğer davalar açısından da bu değerlendirmeyi onları da kapsayacak şekilde değerlendirme fikrini nasıl değerlendirirsiniz.

OTURUM BAŞKANI PROF. DR. E. ETHEM ATAY - Evet, herhalde başka soru da yok. Buyurun Bahtiyar Bey.

PROF. DR. BAHTİYAR AKYILMAZ - Hemen sizin sorunuzla başlayalım. Aslında 12. Maddede de benzer bir düzenleme var. Doğrudan doğruya kamu görevlilerinin idareye verdiği zararlar nedeniyle açılacak davaların da yine genel hükümlere göre görüleceği belirtiliyor. Oradaki genel hükümlerden de yine Borçlar Kanunu anlaşılıyor ve o şekilde bir uygulama söz konusu. Bir kere yani tamamen pozitif hukuk açısından yaklaştığınız zaman, 129. maddedeki hüküm, sadece rücuyla ilgili bir kanuni düzenleme yapılması gerektiği yolunda, ben de böyle düşünüyorum. Yani aslında Türkiye'de idarenin sorumluluğu konusu çok ilgi çekici bir konudur. Bununla ilgili tek genel düzenleme Anayasa'nın 125. maddesindeki bir cümledir. O kadar. Başka hiçbir düzenleme yok. Ve biraz önce Yunus Bey'de bahsetti, Danıştay'ın verdiği kararlar hep 125. maddeye atıfla başlar konusuna göre diğer maddeler de devreye girer. Aslında Danıştay bir hizmet kusuru kavramı yaratmıştır. Her ne kadar hizmet kusuru Fransız Danıştay'ından ithal bir kavramsa da bizdeki hizmet kusuru, bunu Ethem Hoca daha iyi değerlendirecektir, aslında bire bir Fransa'daki hizmet kusuru kavramıyla da örtüşmez. Yani Türk Danıştay'ı aslında içtihatla kendisi bir idarenin sorumluluğu hukuku geliştirmiştir. Bu bence güzel bir şeydir. Biz zaten idare hukuku derslerinde hep anlatırız, idare hukukunun özelliklerinden bir tanesi de içtihadi bir hukuk dalıdır. Danıştay'ın içtihatlarıyla pek çok müessese gelişmiştir. Bu aslında zaman içinde hem ihtiyaçlara daha kolay cevap veren bir usuldür ve bir takım esneklikleri de olan bir durumdur. Yani bu anlamda bence doğru bir uygu-

lamadır. Aslında Bülent Bey bilir, gerçi profesör olduktan sonra genel olarak diğer profesörlerimiz alınmasınlar ama, ben de tembelleştim. Çok fazla literatürü takip etme imkânım olmadı ama son dönem Alman Hukukunda ne gelişmeler oldu çok yakından takip ettiğimi söyleyemem ama 1982’de Almanlar, devletin sorumluluğuyla ilgili bir yasal düzenleme hazırladı. Onlarda da biliyorsunuz bu biraz önce anlattığımız hususlar Medeni Kanun’un 839. Maddesiyle Anayasa’nın 34. maddesinde düzenlenmiştir. Onun dışında bir düzenleme yoktu. 1982’de bir yasal düzenleme yaptılar. Yine yanlış hatırlamıyorsam Kanun şekil eksikliği nedeniyle döndü, yasalaşmadı, yürürlüğe girmedi. Ondan sonra da bu Kanun bir daha gündeme gelmedi, bir daha yapmadılar. Tekrar söylüyorum, bunu ihtiyatla söylüyorum, son dört beş yılda böyle bir kanun çıktı mı çıkmadı mı bunu takip etmedim Almanya’da ama yakın bir zamana kadar böyle bir kanun yapmadılar yani Onlar da Anayasa’daki hüküm, Medeni Kanun’daki hüküm ve memurlarla ilgili yasal düzenlemedeki o da 78. maddedeydi BundesBeamtenGesetz’in herhalde ona bağlı olarak uyuşmazlıklarını çözdüler. Dolayısıyla aslında illa ki bu konuyla ilgili genel bir yasal düzenleme olması gerektiğini ben de düşünmüyorum. İdare hukuku içtihatla gelişen bir daldır. İchtihatla bu halledilir. Bence aslında şu an bile içtihatla bu meseleyi çözebilir Danıştay ama Danıştay özellikle mesela 40/2 hükmünde de yapmadı bunu onda da hala aynı şeyi söylüyorlar. Diyorlar ki; bununla ilgili bir yasal düzenleme yapılsın başvuru yollarının gösterilmesiyle ilgili olarak ondan sonra karar verelim. Ama bence içtihatla bu iş halledilebilir. Fakat rücuyla ilgili bu ciddi bir problemdir. Yargıtay da çok ısrarla içtihadını devam ettirmektedir. O yüzden rücuyla ilgili mutlaka bir kanuni düzenleme yapılması gerektiğini düşünüyorum.

OTURUM BAŞKANI PROF. DR. E. ETHEM ATAY Evet, teşekkür ediyorum.

DOÇ DR. RAMAZAN ÇAĞLAYAN - Evet, iki tane soru var. Önce ikincisinden başlayayım. Arızı işbirlikçiler, işbirlikçi lafı bizde biraz hoş karşılanmayan bir deyim ama yani kamu görevi hizmetine gönüllü veya kamunun talebi üzerine geçici olarak iştirak edenlerin uğradığı zararlar. Yangın çıkmış komşular, elbirliğiyle yangını söndürmeye çalışıyorlar aslında öyle bir yükümlülükleri yok kanunen. Veya işte trafik kazası olmuş yaralıyı hastaneye götürecekler, gerçi trafik Kanunu’nda bir zorunluluk var buna ilişkin, benzer örnekleri verebiliriz. Bu hizmeti sunarken bir zarar görmüş ise, tabii burada idarenin bir davranışı yok kişinin uğradığı zararda dolayısıyla hizmet

kusuruna gidemeyiz. Bizde örneği yok dedim ben tespit edemedim açılan bir dava var mı yok mu bilmiyorum ama Fransa'da idareyi, kişinin uğradığı zarardan dolayı kusursuz sorumluluk esaslarınca sorumlu tutuyor Fransız Danıştay'ı.

YUNUS AYKIN - Hocam pardon lafınızı kesmek istemem ama örnek var mı yok mu sorunuza cevaben, bir karar hatırlıyorum ben. Belki bu olayla biraz ilintilendirilebilir. Bir köy ilkokulunda okul bahçesine ağaç dikiliyor. Müdür bir kampanya yapıyor. Ve bu kampanyada da öğretmenler görev alıyor. Tam çukur kazımı sırasında kazmayı vurduklarında sıçrayan bir cisim öğretmenin gözüne geliyor. Ve neticede bir gözünü kaybediyor. Mahkeme burada idareye atfedilebilir olmadığı için davayı reddetmişti ama Danıştay bunun kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmini gerekir dedi. Yani mahkemenin yaklaşımı şuydu: eğitim öğretimin bir parçası değil, öğretmenler okul bahçesine ağaç dikecek diye bir talimat da verilmiyor bu tamamen gönüllü katılımla gerçekleştirilen bir hizmettir. Dolayısıyla görevle bağı yoktur, idare sorumlu tutulamaz demişti. Danıştay'da bunun kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmini gerekir diye bozdu.

DOÇ. DR. RAMAZAN ÇAĞLAYAN - Teşekkür ederim. Benim tespit edemedim. Tespit edebildiklerimde de bulamamıştım. Yine de orda bir ufak fark var. Zarar gören yine de kamu görevlisi. Burada bizim kastettiğimiz hiçbir kamu görevlisi sıfatı olmayan ama bir öğretmen, mesela yangın söndürmeye aynı benzer olay yine burada da kamu görevlisi sıfatıyla ilgisi yok aslında yaptığı hizmetin. Benzer bir olaydır. Eğer varsa Danıştay'ın böyle bir yaklaşımı geliştirilmesi gerekir diye düşünüyorum.

DİNLEYİCİ - Bu olayı ben biliyorum sizin bahsettiğinizle uymuyor.

DOÇ. DR. RAMAZAN ÇAĞLAYAN - Fark var diyorum. Yani birebir değil ama mütalaa edilebilir, tartışılabilir bu konu. Bir diğer soru, sulhname konusu terörle mücadeleyle ilgili zarar görenlerin uğradığı zararlara ilişkin, Kanunumuz belirli usuller düzenlemiş ama önce ben şunu söylemek istiyorum: Bir kere terör eylemlerinden veya terörle mücadeleden sadece terör eylemlerinden değil, terörle mücadele yaparken birileri zarar görebilir. Operasyona çıkılıyor kişinin buğdayı, tarlası zarar görüyor mesela. Onunla ilgili Kanunumuz var bizim. 5233 sayılı Kanun. Belli bir usul öngörmüş. Bir komisyon kurulacak kişi de belli süreler içinde bu komisyona müracaat edecek zararlar keşif, bilirkişi vs. yöntemleriyle zararın miktarı tespit edilecek ve so-

nunda bir sulhname imzalanacak, kişiye tazminatı ilgili ödenekten ödenecek. Kişi bu zararı öngörülen, komisyonun öngördüğü miktarı kabul etmiyorsa imzalamayacak o zaman Kanun diyor ki genel kurallar çerçevesinde yargıya git diyor. Ancak sorun şurada diyor arkadaşımızın sorduğu soruya göre şayet kişi gerçek zararını tespit edebilir durumda değilse, dava açıldığında kişi diyelim ki yirmi bin TL istemiş komisyon da bunu otuz bin TL olarak daha fazla tespit etmiş, çok detayını da bilmiyorum doğrusu komisyonun talepten fazlasını hükmetme yetkisi var mı yok mu, yanlış söylemiş olmayayım. Dava açtığında mahkeme de elli bin TL'ye hükmetmiş olabilir diyor. Acaba bu sulhname dava açmayı engeller mi engellemez mi? Bir kere Kanun'un şu düzenlemesinin yanlış olduğunu düşünüyorum. Terör eylemlerinden dolayı genel kurallara göre dava açılmaz. Fransa'da olduğu gibi Kanunda bunun usulleri, hangi hallerde sorumlu tutulacağı daha detaylı düzenlenmeli, o kanun çerçevesinde dava açılabilir diye düşünüyorum. Genel sorumluluk esaslarına gittiğimizde zaten sulhnamenin de çok bir önemi kalmıyor o zaman. Kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk, sosyal risk, kolektif sorumluluk birçok şey gündeme geliyor. İşin içinden çıkılmaz hale geliyor. Kanun bence eksiktir. Kişisel kanaatim, çok ilginç ben çalışmamı yaparken AYİM'de kararlarında rastladığım bir ilginç olaydı, kişi iki bin YTL'lik bir tazminat davası açmış, Mahkeme bir bilirkişi incelemesi yaptırmış ama yüz yetmiş iki milyar tespit edilmiş zarar, fakat Kanunlarımız gereğince mahkemeler talepten fazlasına hükmedemediği için tespiti yapmış ama yine de iki milyara hükmetmiş. Belki burada bir avukat hatası da olabilir onu da bilemiyoruz tabii ki. Bu sebepten dolayı sulhnamenin dava açmaya engel olmaması gerektiğini düşünüyorum. Ama kanunda özel bir düzenleme yapılarak genel kurallara göre değil bu terörle mücadeleden doğan 5233 sayılı Kanunda bunun çerçevesi düzenlenmeli diye düşünüyorum.

Son bir şey daha ekleyeceğim Hocam. Bu rücu meselesiyle ilgili ben de bir şey söyleyeyim. Kişisel kanaatim, kişisel suçla hizmet kusuru ayırımını görevle hiç ilgisi olmayan bir kusur varsa bunu kişisel kusur sayıp mesela hekim, cerrah hafta sonu vatandaşın evine gitmiş görevle alakasız şekilde sünnet operasyonu yapmış ve bundan da komplikasyon meydana gelmiş kişisel kusurdur adli yargıda; bunun dışında görevini yaparken her ne şekilde olursa olsun kasıtlı suç işleyerek bir eylem yaptıysa bunun da hizmet kusuru olarak kabul edilip rücuya ondan sonra gitmek gerekir diye düşünüyorum teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI PROF. DR. E. ETHEM ATAY - Evet, korsan tebliğ sunmuyorum hocam sadece kapatmak için. Bugünkü oturumun gayet verimli geçtiği kanaatindeyim. Tabi bu tartıştığımız meseleler bize özgü meseleler değil Avrupa Birliği Ülkelerinde de söz konusu. Öğleden sonra inşallah bunlara da değiniriz. Teşekkür ediyoruz, sağ olun.

SUNUCU ARAŞ. GÖR. AYŞENUR ILGIN - Sayın misafirler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinde düzenlenen Tazminat Ve Sorumluluk hukuku Sempozyumu'nun ikinci gününün üçüncü oturumunu açıyoruz bugün. Konumuz idarenin sorumluluğu konusunda yaşanan gelişmeler. Oturumu yönetmek üzere Danıştay Onuncu Daire Başkanı Sayın Mehmet Ünlüçay ve bu oturumda tebliğlerini sunacak olan Fakültemiz hocalarından Sayın Prof. Dr. Ethem Atay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Daire Başkanı Sayın Dr. Celal Işıklar ve Ankara Barosu avukatlarından Sayın Doktor Zuhal Bereket'i kürsüye davet ediyoruz.