

İDARENİN SORUMLULUĞUNU DOĞURAN HİZMET KUSURU VE HİZMET KUSURU - KİŞİSEL KUSUR AYRIMI*

SERVICE DEFECT CAUSING LIABILITY OF ADMINISTRATION AND SERVICE DEFECT-PERSONAL DEFECT DIFFERENCE

Buket DENİZ**

Özet: İdare, yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini görürken kişilere çeşitli zararlar verebilmektedir. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idare, eylem ve işlemleri ile kişilere verdiği zararları tazmin etmek zorundadır. Türk hukukunda idarenin kusurlu sorumluluğu temel olarak hizmet kusuru teorisi ile açıklanmaktadır. Özel hukuktaki kusur kavramından farklı özellikleri olan hizmet kusuru, genel olarak kamu hizmetlerinin görülmesinde ortaya çıkan aksaklıklar, eksiklikler olarak ifade edilebilir. İdarenin eylem ve işlemlerinde mevcut olan hizmet kusuru, zarar ve illiyet bağı bir arada bulunduğu idarenin sorumluluğu doğar. Türk hukukunda hizmet kusurundan doğan zararlardan sadece idare sorumludur; kamu personeli hizmet kusuru sonucu doğan zarar bakımından sorumlu değildir. Ancak zarar, hizmet kusurundan ziyade memurun kişisel kusurundan kaynaklanıyorsa, doktrin ve yargı kararları bazı durumlarda, idarenin değil; kamu personelinin tazmin yükümlülüğünün bulunduğu görüşünü ortaya koymuştur. Bu noktada, hizmet kusuru ve kişisel kusurun özelliklerini ve sınırlarını iyi çizmek gereklidir; zira kusurun türünün pek çok farklı hukuki sonucu vardır. Doktrin ve yargı kararlarının bu sınırı netleştirmek bakımından zaman zaman çelişkili görüşler ortaya koyduğu görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: İdarenin Sorumluluğu, Hizmet Kusuru, Kişisel Kusur

Abstract: The administration may cause various damages to people while performing the public services it is obliged to fulfill. As a requirement of the principle of the rule of law, the administration has to compensate for the damages it has caused to the people with its acts and actions. In Turkish law, the liability of the administration is mainly explained by the service defect theory. The service defect, which has different characteristics from the concept of defect in private law, can be expressed as the deficiencies that occur in the public services in general. The liability of the administration arises

* Bu yazı, araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Arş. Gör., Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID: 0000-0002-9787-0939, buketdenizv@gmail.com, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.01.2021, Kabul Tarihi: 16.01.2021

when the service defect in the acts and actions of the administration coexists with the link of loss and causality. In Turkish law, only the administration is responsible for the damages arising from the service defect; public personnel are not responsible for damage caused by service defects. However, if the damage stems from the officer's personal fault rather than the service defect, the doctrine and judicial decisions have in some cases put forward the view that only civil servants have an obligation to compensate. At this point, it is necessary to draw the characteristics and limits of the service defect and personal defect well; because the type of defect has many different legal consequences. Doctrines and judicial decisions occasionally present contradictory views in order to clarify this differences.

Keywords: Liability of Administration, Service Defect, Personal Defect

Giriş

Anayasa ve kanunlarla kamu hizmetlerini yerine getirmekle görevli kılınan idare, bu görevini yerine getirirken hizmetten yararlananlar bakımından bir takım zararlara yol açabilir. İdare bir zarara yol açmış ise, hukuk devleti ilkesi gereği olarak, idare hukuku kurallarına göre sorumlu tutulur. Hukuk devleti ilkesini benimseyen pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi, Türk hukukunda da anayasal bağlamda idarenin sorumluluğu esası benimsenmiştir. İdarenin sorumluluğu adli yargıda değil, kural olarak idari yargıda hükme bağlanır.

İdari sorumluluk, idarenin yapmış olduğu faaliyetlerin geniş kapsamı ve sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarıyla orantılı olarak oldukça geniştir. Öyle ki, sosyal devlet ilkesinin de bir sonucu olarak, kimi durumlarda idare kusursuz olduğu halde zararı tazmin etmek durumundadır. İdarenin kusurlu sorumluluğunun şartları ise idarenin bir fiili, kusur, zarar ve illiyet bağının bulunmasıdır.

İdarenin kusurlu sorumluluğu açısından hizmet kusurunun mevcudiyeti gereklidir. Hizmet kusuru, yargı içtihatları ile geliştirilmiş olan, idare hukukuna özgü ve zaman içinde değişken bir özellik gösteren bir kusur türüdür. Genel olarak kamu hizmetlerinde görülen aksaklık, eksiklik olarak ifade edilmektedir. Hizmet kusurunun mevcut olduğu durumlarda kamu personeli aleyhine değil, idare aleyhine dava açılabilir.

Hizmet kusuru bakımından önem arz eden husus kamu personelinin kişisel kusuru ile hizmet kusurunun bir arada bulunması durumunda sorumluluğun nasıl paylaşılacağıdır.

Çalışmamızda idarenin sorumluluğunu gerektiren hizmet kusurunu inceleyerek, özellikle yargı kararlarındaki görünümünü, özelliklerini ve kişisel kusur ile ilişkisini ortaya koymaya çalışacağız. İlk bölümde idarenin sorumluluğu konusu genel olarak ele alınacak, ikinci bölümde daha çok hizmet kusuru kavramına odaklanılacaktır.

I. İdarenin Sorumluluğu

A. Genel Olarak

Hukuk alanında sorumluluk, başkalarına verilen zararların karşılanması yükümlülüğü anlamına gelir.¹ Sorumluluk, siyasi sorumluluk, cezai sorumluluk ve mali sorumluluk olmak üzere farklı boyutlarda ele alınmaktadır. İdarenin siyasi sorumluluğu ve cezai sorumluluğu değil; sadece mali sorumluluğu olabilir. Zira idarenin cumhurbaşkanı ve bakanlar hariç diğer makamlarının siyasi sorumluluğu yoktur.² Cezai sorumluluk ise kusurlu hareket edebilme yeteneği olan gerçek kişilere özgü olup insan dışındaki varlıkların kusurlu hareket edebilme yetenekleri olmadığı için haklarında ceza yaptırımını uygulanamaz. Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrasında da tüzel kişilere suç dolayısıyla ceza yaptırımının uygulanamayacağı, yalnızca güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir.³

İdarenin mali sorumluluğu, idarenin bir kişiye verdiği zararın idarenin mal varlığından bazı değerlerin zarar gören kişinin malvarlığına aktarılarak tazmin edilmesidir. İdare normalde kendi verdiği zararı,

¹ Halil Kalabalık, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, Sakarya, 2008, s. 527.

² Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt II, Güncellenmiş 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 1035, 1041. Siyasi sorumluluk, yönetenlerin ekonomik, sosyal, kültürel, dış politikaya dair vs. konulardan kaynaklı eylem ve işlemlerinden kaynaklanabilir. Müeyyidesi, sorumluluk sahibi kişinin görevden uzaklaştırılmasıdır. Cumhurbaşkanlığı sistemi, Cumhurbaşkanlığı doğrudan halk tarafından seçildiği için siyasi sorumluluğu halka karşıdır ve seçimler yolu ile gerçekleşir. Seçmenler politikalarından memnun olmadığı Cumhurbaşkanını tekrar seçmemek suretiyle siyasi sorumluluğun gerçekleşmesini sağlayabilirler. Cumhurbaşkanının TBMM ya da başka bir organ karşısında siyasi sorumluluğu yoktur. Cumhurbaşkanlığı sisteminde bakanlar ise yalnızca Cumhurbaşkanına karşı sorumludur, Cumhurbaşkanı bakanları hiçbir gerekçe göstermeden her zaman görevden alabilir. Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 306.

³ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 702.

kendi rızasıyla tazmin eder. Ancak idarenin kendi rızasıyla tazmini söz konusu olmazsa, bu tazmin idari yargı organlarının kararlarıyla sağlanır.⁴

İdarenin mali sorumluluğu idari faaliyetin tabi olduğu rejimin hukuki niteliğine göre değişmektedir. İdarenin özel hukuka tabi faaliyetlerinden doğan mali sorumluluğu özel hukuk hükümlerine ve özellikle de haksız fiil hükümlerine tabiidir. İdarenin idare hukukuna tabi faaliyetlerinden doğan sorumluluğu ise idare hukuku kurallarına göre belirlenir.⁵ Bu çalışmada idarenin idare hukuku alanındaki faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluk üzerinde durulacaktır.

B. İdarenin Sorumluluğunun Temeli

Devletin idari etkinlikleri sonucu, idare edilenlerin bazı hakları ihlal edilebilir ve dolayısıyla da çeşitli zararları doğabilir. Devletin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan mali sorumluluk, sonuçta idarenin mali sorumluluğu ve bu da sonuç olarak idarenin yargısal denetimi anlamına gelmektedir.⁶

Dayanağı konusunda çeşitli tartışmalar ve teoriler olmakla birlikte, idarenin sorumluluğu genel olarak hukuk devleti, sosyal devlet, sosyal hukuk devleti, refah devleti, imkân ve fırsat eşitliği esası gibi modern devleti tanımlayan ilkelere dayandırılmaktadır.⁷ Hukukumuzda idari sorumluluğa ilişkin hükümler, Anayasa ve kanunlarda yer bulmuş olsa da sorumluluğun dayanağı tam olarak ortaya konulmuş değildir.⁸

⁴ Gözler, s. 1041.

⁵ Oğuz Sancakdar, Eser Us, Mine Kasapoğlu Turhan, Lale Burcu Önut, Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 743.

⁶ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Der Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 86.

⁷ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 158. İdarenin sorumluluğunu sosyal hukuk devletine dayandıran görüşe göre hukuk devleti ilkesi, idarenin hukuka aykırı işlemi olmadığı halde zararın doğması ve tazmin yükümlülüğü durumunu tam olarak karşılayamamaktadır. Kalabalık, s. 529.

⁸ Murat Kuru, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Doğan Sorumluluğu", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:4, Sayı:1, Nisan 2019, s. 126. Ancak Anayasa'da yasama ve yargı organlarının etkinliklerinden dolayı herhangi bir sorumluluk doğacağına ilişkin bir hüküm mevcut değildir; bu nedenle yasama ve yargı organlarının kural olarak sorumluluklarının olmadığı kabul edilir. Turan

Fransız İhtilali ile birlikte gelişen demokrasi hareketleriyle şekillenen hukuk devleti anlayışı ile birlikte “sorumsuz devlet” fikrinden gittikçe uzaklaşmış ve devletin sorumluluğu esas olmaya başlamıştır. Bu gerçekleşirken ilk etapta devletin sorumluluğu bakımından özel hukuk hükümleri uygulanmış; 19. yüzyılın sonlarına doğru Kıta Avrupa ülkelerinde yavaş yavaş idari rejime geçilmesi ile birlikte bu alanda kamu hukuku hükümleri uygulanmaya başlamıştır. Fransa’da geçerli olan idari rejim sistemi ve bununla bağlantılı olarak devletin kamu hukuku alanında sorumluluğu kısa süre içinde tüm Kıta Avrupası’nı etkilemiştir.⁹

Ülkemizde idari rejime tam olarak geçiş ve dolayısıyla devletin sorumluluğunun idari yargıda idare hukuku hükümlerine tabi olması ancak Cumhuriyet Dönemi’nde mümkün olmuştur. 1924 Anayasası’nın 51. maddesinde “*idari dava ve ihtilafları rü’yet ve hal’etmek üzere Şura-i Devlet teşkil edilecektir*” hükmü ile Danıştay yüksek mahkeme olarak kurulmuş ve idari yargı fonksiyonunu yerine getirmeye başlamıştır. Danıştay başlangıçta, pozitif hukukta herhangi bir düzenleme olmadığı durumlarda devletin sorumluluğu ile ilgili tazminat taleplerini reddetme eğilimi göstermiştir. Sonrasında Fransız Danıştay’ının içtihatlarının da etkisi ile hizmet kusuru kavramını kullanmaya başlamış ve hizmet kusurunu devletin kusur sorumluluğunun esası olarak görmüştür. Türk hukukunda idarenin sorumluluğuna anayasal temelde ilk kez 1961 Anayasası’nın 114. maddesinin son hükmü ile verilmiştir. Aynı hüküm 1982 Anayasası’nın 125. maddesinin son fıkrasında da

Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskıdan Tıpkı Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 930.

⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, ss. 155-156. Fransa’da “Kral kötülük edemez” anlayışı, devletin sorumsuzluğu ilkesinin benimsenmesinin bir yansıması olarak devletin sorumlu tutulmasına uzun zaman engel olmuştur. Fransa’da, 19. yüzyıl ortalarına kadar, devletin sorumluluğu, esas itibarıyla ancak özel bir kanunla öngörüldüğü takdirde kabul olunuyordu. Ancak, 19. yüzyılın ikinci yarısında, önce Danıştay, ardından da Uyuşmazlık Mahkemesi, 8 Şubat 1873 tarihli meşhur “Blanco (Blanko) kararı” ile haksız fiiller nedeniyle idarenin sorumluluğu ilkesi kabul edilmiştir. Blanco kararında, aynı zamanda bu idari sorumluluğun, özel hukuktaki haksız fiillerden dolayı özel kişilere ilişkin sorumluluktan ayrı ve kendine has kurallara bağlı bir sorumluluk olduğu da belirtilmiştir. A. L. Dutheillet De Lamothe, “İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler”, Çev. Süheyp Derbil, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Sa. 1- 4, 1960, s. 113.

“İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür” şeklinde değişmeden korunmuştur.¹⁰ Bunun sonucu olarak da yasama organı, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir kanun çıkaramaz.¹¹ 1982 tarihli 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu da *“idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları”*nın idari yargının görev alanına girdiğini belirtmiştir. Özetle, Türk hukukunda idarenin sorumluluğu esas olarak kabul edilmiştir.¹² Ancak belirtilmelidir ki, Türk hukukunda idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde kullanılan sorumluluk esasları, içtihatlarla belirlenmiştir. Diğer bir ifade ile Türk Borçlar Kanunu benzeri bir kanun mevcut değildir.¹³

C. İdarenin Sorumluluğunun Türleri

İdarenin özel hukuka tabi faaliyetlerinden doğan sorumluluğu, özel hukuka tabidir. İdarenin idare hukukuna tabi olan faaliyetlerinden doğan sorumluluğu ise idare hukuku kurallarınca düzenlenir. Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrası (*“İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”*) ayırım yapmaksızın genel anlamda idarenin mali sorumluluğunu ifade etmiştir. Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak kabul edilen idarenin mali sorumluluğu önceleri özel hukukun etkisiyle sadece kusura dayandırılmıştı. Ancak devletin görevlerinin gittikçe artması üzerine kusura dayalı tazmin yetersiz kalmaya başlayınca kusursuz bazı durumlarda da idarenin sorumluluğu söz konusu olmaya başlamıştır. Dolayısıyla idarenin idare hukukundan kaynaklı sorumluluğu, kusurlu sorumluluk-kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır.¹⁴

İdarenin kusurlu sorumluluğu, idarenin hukuka aykırı bir eylem veya işlemiyle yol açtığı zararı tazmin etmesi yükümlülüğüdür. İdarenin kusursuz sorumluluğu ise idarenin hukuka uygun eylem ve iş-

¹⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, ss. 157-158.

¹¹ Kalabalık, s. 527.

¹² Gözler, s. 1048.

¹³ Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Tekinsoy, s. 938.

¹⁴ Metin Günay, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s. 367-368. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, ss. 158-159. Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde ve İYUK'un 2. maddesinde idarenin sorumluluğundan bahsedilmiş ancak bu sorumluluğun temeli tıpkı Anayasa'nın 40/3, 129/5 ve 129/son maddelerinde olduğu gibi gösterilmemiştir. Kalabalık, s. 529.

lemlerinden kaynaklanan zararların idare tarafından bazı durumlarda idare tarafından tazmin edilmesidir. Kusursuz sorumluluk, “risk sorumluluğu” ve “kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından dolayı sorumluluk” olmak üzere iki ilkeye dayanmaktadır. Risk sorumluluğu, “idarenin hiçbir kusuru olmasa dahi, yürüttüğü tehlikeli faaliyetler ve kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmesi” durumudur. Kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından dolayı sorumluluk ise, “idarenin nimetleri tüm toplum tarafından paylaşılan hukuka uygun eylem ve işlemlerinin külfetlerinin sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması halinde bu kişi ya da kişilerin zararının idare tarafından, kusuru olmadığı halde karşılanması”dır.¹⁵

İdare hukukunda asıl olan ise kusur sorumluluğudur. Dolayısıyla idarenin sorumluluğu bakımından önce kusurun olup olmadığına bakılır. Kusur mevcut değilse kusursuz sorumluluk açısından değerlendirme yapılır.¹⁶

D. İdarenin Kusur Sorumluluğunun Şartları

İdarenin kusurlu sorumluluğunun doğması için idarenin sorumluluğu doğuran bir *fiil* gerçekleştirmiş olması gerekir. Bu bazı durumlarda eylemsizlik şeklinde de olabilir. Bunun yanında *kusur, zarar ve illiyet bağı*nın mevcut olması gerekir. Zarar, kesin veya kesin gözle bakılan, parayla ölçülebilen, hukuken korunan bir menfaate yönelik, maddi veya manevi olmalıdır. Zarar görenin zararı idarece çeşitli kanuni yollardan karşılandıysa, idarenin ayrıca bir tazmin sorumluluğu olmayacaktır. İdarenin sorumlu olabilmesi için idari davranış ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Zarar ile idari faaliyet arasında dolaylı değil, doğrudan ilişki olmalıdır. Zararın oluş-

¹⁵ Gözler, s. 1082.

¹⁶ Kalabalık, s. 530. “İdari yargıda idari eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılan tam yargı davalarında idarenin tazmin borcunun doğması için ortada bir zararın ve zarara yol açan idareye yüklenebilir bir eylemin bulunması, zararlar eylem arasında nedensellik bağı'nın kurulması ve hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk esaslarına göre idare hukukuna özgü tazmin sebeplerinin olması gerekmektedir. Tam yargı davalarında idarenin tazmin sorumluluğu belirlenirken öncelikle hizmet kusurunun varlığı araştırılmalı, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanamayacağı irdelenmelidir”. İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2015/1172 K. 2017/3252, Karar Tarihi: 26.10.2017, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/iddk-e-2015-1172-k-2017-3252-t-26-10-2017>, (31.03.2020).

masına veya artmasına neden olan başka sebepler varsa idarenin sorumluluğu azalabilir veya kalkabilir. Çoğu zaman illiyet bağının saptanması teknik bir uzmanlık gerektirebilir.¹⁷

Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Öğretide kabul edilmiş tanıma göre kusur, “*hukuk düzenince kınanabilen davranış*”tır.¹⁸ İdarenin tümüyle tüzel kişilerden oluşması ve genel anlamda kamu hukukuna tabi olması nedeniyle idarenin sorumluluğunu gerektiren kusur, özel hukuktakinden oldukça farklı ve objektif bir özellik gösterir. İdare hukukuna göre, idarenin kusurundan bahsedebilmek için özel bir kusur türü olan “*hizmet kusuru*”nun mevcut olması ve ortaya çıkan zararın da bundan kaynaklanmış olması gerekir.¹⁹

II. İdarenin Sorumluluğu Bakımından Hizmet Kusuru

A. Genel Olarak Hizmet Kusuru

Türk hukukuna Fransız hukukundan giren hizmet kusuru kavramı ve özellikleri kanunlarda ifade edilmiş değildir.²⁰ Genel olarak Fransız Danıştay’ının içtihatları ile şekillenen bu kusur, özel hukuktaki kusur anlayışından oldukça farklı olarak kast, ihmal, dikkatsizlik vs. öğelerini barındırmamaktadır. Bu kusur bakımından kamu personelinin kusurlu olup olmadığına değil, “*hizmetin kendisinin*” kusurlu olup olmadığına bakılır. Bir başka deyişle, “*kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında veya sebebiyle idarenin belli bir görevlisine atıf ve izafe edilmesi mümkün bir kişisel kusur ile ortaya çıkmış olmayan, kamu hizmetinin bizzat kuruluş, işleyiş veya teşkilatlanmasındaki aksaklık bozukluk, düzensizlik, eksiklik ve sakatlık*” halinde karşımıza çıkan kusura hizmet kusuru denir. İdarenin kusurlu sorumluluğu açısından hem ülkemizde hem de ülkemizi etkileyen Fransız hukuku içtihatları bakımından hizmet kusurunun varlığı gerekmektedir.²¹

¹⁷ Sancakdar, Us, Kasapoğlu Turhan, Önüt, Seyhan, ss. 747-748.

¹⁸ Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Tekinsoy, s. 951.

¹⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 159. Özel hukukta sorumluluğun temelini oluşturan kusur, objektif bir nitelik taşıyan hukuka aykırılık unsuru yanında, subjektif niteliklidir ve bu nedenle ancak gerçek kişilere özgü olan kast, ihmal gibi unsurları taşıması bakımından, tüzel kişilerden oluşan idarenin sorumluluğunun temeli ve dayanağı olamaz. Kalabalık, s. 529.

²⁰ İl Han Özay, Günışığında Yönetim, 2. Baskıdan Tıpkı 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 834.

²¹ Günday, s. 369. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 160. Kalabalık, s. 530. Sancakdar, Us,

Hizmet kusuru, klasik doktrine göre idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleminde meydana gelen bozukluk ya da aksaklığı ifade eder. “Hizmet” kavramı sadece idari faaliyetlerin bir türü olan kamu hizmetlerini değil, genel olarak tüm idari faaliyetleri kapsar. Öte yandan modern doktrinde hizmet kusuru kavramı tanımlanırken geleneksel olarak sayılan “*hizmetin geç, kötü işlemesi ya da işlememesi*” “*üçlüsü*” nün bir yana bırakılarak hizmet kusuru olarak ifade edilen durumu, “*kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde eksiklik*” olarak tanımlama eğilimi mevcuttur.²²

Kasapoğlu Turhan, Önüt, Seyhan, s. 748. Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Cilt, 3. Bası, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s. 1694. Danıştay bir kararında hizmet kusurunun tanımı, kamu görevlisinin kişisel kusuru ile ilişkisi ve niteliği şu şekilde ifade edilmiştir: “Anayasanın 125. maddesinde; İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ve idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Buna göre idarece hizmetin işleyiş ve yerine getirilmesi sırasında gerekli önlemlerin alınmaması, hizmetin iyi işlememesi, kusurlu işlemesi gibi nedenlerle kişilere verilen zararlar idare tarafından tazmin edilmek durumundadır. Hizmetin iyi işlememesi sonucu kişilerin zarara uğramaları halinde, doğan zararların idare tarafından karşılanması gerekmektedir. Ayrıca, hizmeti yürüten personelin görevi sırasında yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurunun hizmet kusuru oluşturacağı ve idarenin de bu zararın tazminiyle sorumlu tutulacağı, idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Hizmet kusuru, kamu hizmetinin organizasyonu ve işleyişinden kaynaklanır. Kamu hizmeti eksik veya kötü yürütülmeğe veya ya faaliyet hizmet gerekleriyle bağdaştırılmayacak nitelikteyse, idarenin hizmeti kusurlu yürüttüğünün kabulü zorunludur. Ancak idarenin işlem ve eylemleri dolayısıyla hizmet kusuru işlediğini söyleyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir”. Danıştay 15. Dairesi, E. 2014/744, K. 2018/197, Karar Tarihi: 18.1.2018. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2014-744.htm&kw=%C5%9Fisel+kusur`#fm>, (Erişim Tarihi: 20.03.2020).

²² Günday, s. 369, Gözler, ss. 1084-1085. Gözler, hizmet kusuru kavramının kullanılmasının işlevinin hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımına işaret etmek olduğunu ifade ediyor. Buna göre, hizmet kusuru olarak ifade ettiğimiz, esasen “kamu hizmetinin ifasında işlenen kusur”dur. Kusur hizmet tarafından değil, kişiler tarafından işlenebilir ve bir insan fiilidir. Bu nedenle de hizmet kusuru için bir hizmetin kuruluşunda veya işleyişinde bozukluk şeklinde bir tanım doğru değildir. Yazara göre “geleneksel üçlü” olarak ifade edilen hizmetin kötü veya geç işlemesi ya da hiç işlememesi ile hizmet kusurunun sınırlandırılması yanlıştır. Zira bu durumlar olmasa da kamu görevlilerinin eylem ve işlemleri kendilerinden beklediği gibi değilse ortada bir kusur vardır Gözler, s. 1085. Danıştay da yakın tarihli bir kararında modern doktrinle paralel olarak hizmet kusurunu “Buna göre idarece hizmetin işleyiş ve yerine getirilmesi sırasında gerekli önlemlerin alınmaması, hizmetin iyi işlememesi, kusurlu işlemesi gibi nedenlerle kişilere verilen zararlar idare tarafından tazmin edilmek durumundadır. Hizmetin iyi işlememesi sonucu kişilerin zarara uğramaları halinde, doğan zararların idare tarafından karşılanması gerekmektedir. Ayrıca, hizmeti yürüten personelin göre-

İdarenin istihdam ettiği kamu görevlileri kusurlu olsa da olmasa da eğer hizmetin kuruluş, düzenleniş ve işleyişinde bir bozukluk ya da aksaklık varsa hizmet kusuru var demektir. Kamu görevlilerinin kusuru olsa dahi, bu öznel kusur şayet hizmete ilişkinse idari sorumluluk ortadan kalkmaz.²³ Zira hizmet kusuru, doğal olarak soyut bir varlık olan idarenin değil, kamu görevlilerinin kusurlarıdır. Ancak bu kusurlar, kamu görevlilerinin onların görevlerinden ayrılamaz niteliktedirler.²⁴

Türk hukukunda kamu görevlilerinin hizmet kusuru teşkil eden eylem ve işlemlerinden kişisel sorumlulukları yoktur. Bu nedenle hizmet kusurundan dolayı ortaya çıkan zarar için kamu görevlisine karşı özel hukuk hükümlerine dayanılarak adli yargıda tazminat davası açılmaz. Hizmet kusurunun varlığı halinde idareye karşı idari yargıda tam yargı davası açılması gerekir.²⁵

vi sırasında yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurunun hizmet kusuru oluşturacağı ve idarenin de bu zararın tazminiyle sorumlu tutulacağı, idare hukukunun bilinen ilkelerindedir” şeklinde ifade etmiş ve hizmet kusuru kavramının içine kamu personelinin görevini yerine getirirken gerçekleştirdiği kişisel kusuru da dahil etmiştir. Danıştay 15. Daire, E. 2017/3903, K. 2019/511, Karar Tarihi: 12.2.2019, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2017-3903.htm&kw=`ki%C5%9Fisel+kusur`#fm>, (Erişim Tarihi: 30.03.2020). Danıştay’ın 2008 tarihli bir kararında ise hizmet kusuru klasik doktrinle paralel şekilde ifade edilmiştir: “İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Hizmet kusuru belirli bir ajan veya memurun şahsına atf ve zafere edilebilen bir kusur olmayıp, kamu hizmetini görmekle yükümlü olan idareye ait bir kusurdur. Bu nedenle hizmet kusuru ilkesi gereğince idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, hizmeti kusurlu yürüten ajan veya memurun yargı yerince belirlenmesi zorunlu değildir”. Danıştay 10. Dairesi, E. 2007/2965, K. 2008/4831, Karar Tarihi: 25.06.2008, <https://legalbank.net/belge/d-10-d-e-2007-2965-k-2008-4831-t-25-06-2008-saglik-hizmetinde-hizmet-kusuru/611337/%22hizmet+kusuru%22>, (Erişim Tarihi:31.03.2020).

²³ Günday, s. 370.

²⁴ Gözler, s. 1156.

²⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 1993/6, K. 1993/5 sayılı kararıyla, “kurumlarıyla hizmet ilişkisi içinde bulunan memur ve diğer kamu görevlilerinin, resmi sıfat, yetki ve olanaklarından yararlanarak gördükleri hizmet sırasında işledikleri görev kusurlarından dolayı zarara uğrayanlar tarafından açılacak maddi ve manevi tazminat davalarında husumetin ilgili kuruma yöneltileceği bu nedenle de davanın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği” belirtilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, E.1993/42 ve K.1993/41 sayılı kararında, adli yargıda kamu görevlisine karşı tazminat davası açılması durumunda, “hizmet kusuru ya da hizmet kusuru ile kişisel kusurun birleşmesi” durumu varsa tazminat davasının görevsizlik ne-

B. Hizmet Kusuru ve Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık ve kusur arasındaki ilişki bakımından idarenin eylemler ve işlemleri arasında bir ayırım mevcuttur. İdarenin eylemleri bakımından kusur ve hukuka aykırılık arasında bir bağlantı yoktur. İdarenin eylemleri hukuka uygun olsa da, kusurlu olabilirler. Örneğin bir doktorun bir hastalığın teşhisinde hata yaparak hastanın tedaviye geç başlamasına neden olması, hukuka aykırı olmayabilir ancak kusur vardır. Burada zararı doğuran eylem değil, eylemin kusurlu şekilde yapılmasıdır.²⁶

İdarenin işlemleri bakımından ise, kusur ile hukuka aykırılık arasında sıkı bir ilişki mevcuttur. Tabiri caizse, idarenin işlemleri bakımından hukuka aykırılık, kusura eşittir. Zarara neden olan işlem hukuka uygunsa kusur da yoktur; dolayısıyla idarenin kusurlu sorumluluğu da söz konusu olmaz. Bu durumda diğer şartlar varsa, idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilir.²⁷

Ancak idarenin işlemleri bakımından hukuka aykırılık-kusur karnesinin bazı istisnaları mevcuttur. GÖZLER'e göre, şekil, usul ve yetki unsurları bakımından hukuka aykırılıkları ile kusur arasında eşitlik yoktur. Çünkü bu unsurlar bakımından hukuka aykırılıklar sonradan giderilebilir; özleri itibariyle bu işlemler kusurlu değildirler. Örneğin, yetkisiz makam tarafından yapılan işlem idare mahkemesince iptal edildikten sonra, yetkili makam tarafından tekrar yapılabilir. Dolayısıyla yetki, şekil ve usul unsuru bakımından iptal edilen bir idari işlemde sonra ilgili kişiler tam yargı davası açarak tazminat isteyemezler.²⁸

deniyle reddedilmesi gerektiğini sonucuna varmıştır. Gözler, s. 1156.

²⁶ Gözler, ss. 1087-1088. Günay, s. 373.

²⁷ Kalabalık, s. 536.

²⁸ Bu duruma örnek olarak Danıştay 10. Dairesi'nin 04.10.1996 tarihli ve E. 1995/694, K. 1996/5781 sayılı kararına konu olan olayda, davacının işlettiği içkili-müzikli lokanta Valilik tarafından 2559 sayılı Kanun'a dayanılarak geçici süreyle kapatılmıştır. Davacının işyeri ...ilçesi sınırlarında bulunduğu için 2559 sayılı Kanun'da öngörülen işyeri kapatma yetkisinin mahallin en büyük mülki amiri olan Kaymakamlık tarafından kullanılması gerektiği gerekçesiyle kapatma işleminin iptali istenmiştir. İşlemin iptali üzerine, davacı lokantanın kapatılması nedeniyle uğradığı zararın tazmini için idare mahkemesinde tam yargı davası açmıştır. İdare mahkemesi "idari işlemin yargı denetimi sonucu yetki yönünden hukuka aykırı bulunmasının yetkili makamca yeniden işlem tesisine engel oluşturmayacağı dikkate alındığında idarenin tazmin borcunu doğuracak bir hukuki sorumluluğunun

Esas bakımından hukuka aykırılıklar, yani idari işlemin sebep, konu ve amaç unsurları bakımından hukuka aykırılıklar ile kusur arasında ise eşitlik vardır. Zira bu unsurlardaki hukuka aykırılıklar sonradan giderilemeyen, üst hukuk normları değiştirilmediği sürece idari işlemin sakat kalmasına sebep veren hukuka aykırılıklardır. Dolayısıyla, bir idari işlemin bu unsurlarında sakatlık varsa ve işlem idare mahkemesince iptal edilmişse, bu işlem nedeniyle doğan zararlar için tam yargı davası açılabilir. Ancak Danıştay bu görüşe katılmamakta ve bazı hukuka aykırılıkları “içtihat hatası”, “takdir hatası” sayarak tazmini gerektirecek kusur olarak nitelendirmemektedir. Danıştay son dönemdeki kararlarında bu durumu “her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikli yanlışlık ve hukuka aykırılık” olarak ifade etmekte ve idarenin sorumluluğu bulunmadığına karar vermektedir. Söz konusu bu durum Anayasa’nın 125. maddesinin son fıkrası gereği ve hukuk devleti ilkesi çerçevesinde eleştirilmektedir.²⁹

bulunmadığı” gerekçesiyle davayı reddetmiş, Danıştay 10. Dairesi de bu kararı onamıştır. Gözler, s. 1090.

²⁹ Danıştay’ın içtihatı hata sayarak idarenin sorumluluğu bulunmadığına ilişkin 8. Daire’nin 16.03.1933 tarihli ve E. 1992/848, K. 1993/1389 sayılı kararına konu olan olayda, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizli Mühendislik Fakültesi 4. sınıf öğrencisi davacı, 1988 yılında girdiği sınavda bütünlemeye kalmıştır. Sınavda aldığı nota dolayısıyla kalma işlemine karşı Aydın İdare Mahkemesi’nde iptal davası açmış, mahkeme işlemi hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. Bunun üzerine dersten kalması nedeniyle oluşan zararların tazmini için tam yargı davası açarak maddi manevi tazminat talebinde bulunan davacının talebini mahkeme olumlu bulmuş; idareyi tazminata mahkûm etmiştir. Bu kararın temyiz incelemesinde Danıştay 8. Dairesi, şu gerekçe ile kararı bozmuştur: “Bir idari işlemin yasalara ve hukuka aykırılığı kural olarak hizmet kusuru sayılmaktaysa da her aykırılığın tazminat sorumluluğuna yol açmayacağı idare hukukunun genel ilkelerindedir. Bir işlemin herhangi bir yönden yasalara ve hukuk kurallarına aykırı görülerek iptal edilmiş olması hizmet kusurunun varlığını kabule yetmez. Bir başka anlatımla, işlemin iptalini gerektiren her hukuki yanlışlığı ve aykırılığı, kendiliğinden hizmet kusuru olarak niteleme olanağı yoktur. İdare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlemi diyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekir. Her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna yol açmaz... Dava konusu edilen hatalı not takdirine ilişkin işlem, ilmi bir takdirin sonucu olup, ortada idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmamaktadır”. Gözler, ss. 1091-1095. Benzer bir karar için bkz. Danıştay 8. Dairesi, E. 1990/981, K. 1990/812, Karar Tarihi: 28.06.1990, <https://legalbank.net/belge/d-8-d-e-1990-981-k-1990-812-t-28-06-1990-danistay-8-daire-karari/523347/%22hizmet+kusu ru%22>, (Erişim Tarihi: 31.03.2020), Danıştay 8. Daire, E. 1991/785, K. 1991/1587, Karar Tarihi: 10.10.1991, <https://legalbank.net/belge/d-8-d-e-1991-785-k-1991-1587-t-10-10-1991-danistay-8-daire-karari/618622/%22hizmet+kusuru%22>, (Erişim Tarihi: 31.03.2020).

Hukuka aykırılık ve kusur ilişkisi bakımından değinilmesi gereken bir husus da, zararı doğurduğu iddia edilen idari işleme karşı iptal davası açılmaksızın doğrudan doğruya tam yargı davası ile zararın talep edilebilmesi durumudur. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesine göre, “İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay’a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler”. Söz konusu düzenleme ile, idari işlemin hukuka aykırı olup olmadığının incelenmesine gerek olmaksızın zararın tazminin talep edilebilmesi imkânını vermektedir.³⁰

C. Hizmet Kusuru Açısından Kusurun Derecesi

Özellikle Fransız idare hukukunda ve kimi zaman Türk hukukunda kusurun derecesinin sorumluluğunun belirlenmesinde önem oynadığı düşünülen bazı hizmetler vardır. Kolluk hizmetleri, hastane hizmetleri, vergi işleri, itfaiye işleri, hapishane faaliyetleri ve idari vesayet kullanılması gibi durumlarda idareye sorumluluk atfedebilmek için ağır kusurun bulunması gerektiği kabul edilmiştir.³¹

Danıştay’ın bazı kararlarında idarenin sorumluluğuna yol açacak olan hizmet kusurunun belli bir yoğunlukta olması gerektiği tespiti yapılmıştır. Ancak Danıştay’ın kararlarında hangi hallerde ağır hizmet kusurunun, hangi hallerde ise basit hizmet kusurunun bulunması gerektiği konusunda bir ölçüt mevcut değildir. Doktrindeki çeşitli yazarlara göre idarenin kusursuz da olsa sorumlu olabileceği kabul edildiğine göre sorumluluk için hizmet kusurunun ağır olması şartını aramak yerinde değildir.³²

GÖZLER’e göre, Fransız Danıştay’ı “ağır kusur” kavramını, bazı faaliyet alanlarında idarenin sorumluluğunu sınırlandırmak veya ortadan

³⁰ Sancakdar, Us, Kasapoğlu Turhan, Önüt, Seyhan, s. 753.

³¹ Onar, s. 1738.

³² Günday, s. 374. Özay, s. 842, Ahmet Bozdağ, “İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay’ın Uygulaması”, *Türk İdare Dergisi*, Sayı: 468, Eylül 2010.

kaldırmak için kullanmışsa da, Türk Danıştay'ı idarenin sorumluluğunu sınırlayan bir şart olarak değil, idarenin yaptığı kusurun derecesini, yoğunluğunu gösteren bir nitelik olarak kullanmıştır. Bu bakımdan yazara göre, Türk Danıştay'ının "ağır kusur" kavramını, idarenin sorumluluğunun şartı olmadığı halde ve idarenin basit kusurunun da sorumluluğunun doğmasına neden olacağı durumlarda dahi kararlarında kullanmasının anlamı ve gereği yoktur. Zira Fransız Danıştay'ı da bu şartı sadece, acil yardım, kurtarma, yangın söndürme, tıbbi faaliyetler, kolluk faaliyetleri gibi tehlikeli ve zor faaliyet alanlarında kullanmıştır ve daha-ısı son yıllarda bu alanlar bakımından da kullanmaktan vazgeçmiştir.³³

Türk Danıştay'ı genellikle sağlık hizmetlerinde ağır hizmet kusurunu aramaktadır. İdari Dava Daireleri Kurulu bunu bir kararında şu şekilde ifade etmiştir: "İdare Hukuku ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olacaktır".³⁴

³³ Yazarın eleştirdiği ve Danıştay'ın idarenin sorumluluğu için ağır ve önemli kusur aradığı bazı örnekler: bir öğrenciye yarıyıl süreyle okuldan uzaklaştırma disiplin cezası verilmesi işlemi, süresinde kayıt yenilememesi nedeniyle, bir üniversite öğrencisinin kaydının silinmesi işlemi, öğretim görevlisi kadrosuna atanma yapılmaması işlemi. Gözler, ss. 1129-1131.

³⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2007/2113, K.2011/1468, 24.11.2011, Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Tekinsoy, s. 941. Benzer şekilde bir karar: "İdare hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin açık ve belli bir ağırlıktaki hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir". Danıştay 15. Daire, E. 2013/8184, K. 2018/3299, Karar Tarihi: 03.04.2018, <https://legalbank.net/belge/d-15-d-e-2013-8184-k-2018-3299-t-03-04-2018/3370286/%22hizmet+kusuru%22>, (Erişim Tarihi: 31.03.2020). Sağlık hizmeti bakımından bir başka kararında Danıştay, olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan Ambulanlar İla Özel Ambulans Servisleri ve Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği ve hastanın durumu gereği Devlet Hastanesi'nden Üniversitesi Araştırma Hastanesine sevki sırasında ambulansla doktor bulundurulması gerekirken, sadece hemşire refakatinde sevk edilmesinin hizmet kusuru oluşturduğuna hükmetmiştir. Danıştay 15. Daire, E. 2013/4048, K. 2014/5742, Karar Tarihi: 26.06.2014, <https://legalbank.net/belge/d-15-d-e-2013-4048-k-2014-5742-t-26-06-2014-davacilarin-yakininiin-gecirdigi-bademcik-ameliyati-sonr/1490316/%22hizmet+kusuru%22>, (Erişim Tarihi: 31.03.2020).

KALABALIK'a göre kusursuz sorumluluğun giderek genişletildiği günümüzde, idarenin sorumluluğunun şartı olarak ağır kusurun varlığının aranması sosyal devlet ilkesine ters düşer. Bu yüzden idarenin sorumluluğu bakımından hizmetin özellikleri dikkate alınarak idarenin kusurlu olması yeterli sayılmalı ve özel hukukta olduğu gibi, kusurun ağırlığı tazminat miktarını etkileyen bir unsur olarak kabul edilmelidir.³⁵ Kanaatimizce hizmet kusuru bakımından kusurun derecesi, tazminat miktarını belirleme noktasında da önem taşımamaktadır. Zira idarenin sorumluluğu bakımından tazminat miktarı belirlenirken "tam tazmin ilkesi" dikkate alınmaktadır.

D. Hizmet Kusuru ve Fiili Yol

"İdare tarafından gerçekleştirilen haksız fiillere" fiili yol denir. İdarenin işlerini kolaylaştırmak amacıyla yapılan kamulaştırma ya da geçici işgal usullerine başvurmaksızın bir kimsenin özel mülkünün işgali, yıkılmaya yüz tutan bir binanın yasal usul ve yollar uygulanmaksızın yıkılması, valiliğin yetkili merciin kararı olmaksızın bir gazeteyi toplatması, hukuka aykırı şekilde kamulaştırma ve taşınırlara el konulması, haberleşmeye engel olan müdahaleler, bir derneğin yönetimine el konulması, idare tarafından konut dokunulmazlığının ihlal edilmesi, hukuka aykırı tutuklama, gözaltı ya da pasaport talebinin reddi gibi dolaşım özgürlüğünü sınırlandıran her türlü engellemeler fiili yoldur.³⁶

İdarenin re'sen icra yetkisini idare hukuku kurallarına aykırı şekilde kullandığı, ağır hukuka ve usule aykırılıkla sakat eylemleri fiili yol oluşturmaktadır ve bu durum idarenin haksız fiili olarak görülmektedir. Bu sebeple hukukumuzda fiili yoldan kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargının görev alanı dışında kabul edilmiştir.³⁷

³⁵ Kalabalık, s. 537. Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Tekinsoy'a göre de böyle bir ayırımın yapılması Anayasa m. 125'e uygun düşmez ve riskli faaliyetlerden ötürü kusursuz sorumluluk esasını da yok sayma anlamına gelir. Öte yandan sağlık hizmetleri bakımından özel hukuk kişilerinin hafif kusurlarından dahi sorumlu tutuldukları göz önüne alındığında, özel hukuk kişilerinden daha güçlü ekonomik imkânı bulunan idarenin sorumluluğu için ağır kusur aranmasının hukuki dayanağının olmadığı ifade edilmektedir. Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Tekinsoy, ss. 942-943.

³⁶ Onar, s. 1669.

³⁷ Muhammed Ali Aydın, İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu, İstan-

Fiili yolun şartları şu şekilde özetlenebilir: i) Ortada idarenin maddi olarak yerine getirdiği bir etkinlik olmalıdır. ii) Öz ya da yöntem açısından yapılan hukuka aykırılık açık ve ağır olmalıdır. iii) İdarenin etkinliği mülkiyet hakkını veya kamu özgürlüklerini ihlal etmelidir. Fiili yola ilişkin davalar idari yargının görevi olmadığı için idari yargı yerleri fiili yol tespit ettiklerinde görevsizlik kararı vermelidirler.³⁸

Uyuşmazlık Mahkemesi bu durumu 2014 tarihli bir kararında “*Olayda, davacılar, davalı İdarece verilmiş bir yıkım kararı olmadığı halde, maliki oldukları taşınmazdaki binanın idarece yıkıldığını iddia etmektedir. Davalı idare savunmasında, yıkılan binanın kaçak ve ruhsatsız olduğu belirtilmekte ise de, binanın yıkımı konusunda herhangi bir işlem başlatılmadığı ifade edilmektedir. Bu haliyle uyuşmazlık bir idari eylemden değil haksız fiil iddiasından kaynaklanmakta olup uyuşmazlığın görüm ve çözümünü adli yargının görev alanına girmektedir*” şeklinde ifade etmiştir.³⁹ Zararın idari nitelikli işlem ya da eylemden kaynaklandığı hallerde fiili yol söz konusu olmayacaktır.⁴⁰

E. Hizmet Kusurunun Özellikleri

Hizmet kusurunun doktrinde çeşitli özellikleri sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırmaları genel olarak sıralayacak olursak beş temel özellikten bahsedebiliriz. Bunlar *nesnellik, bağımsızlık, aslilik, kişilik dışılık ve esneklik* olarak ifade edilebilir.

bul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, s. 21

³⁸ Elif Kamiloğlu, İdarenin Sorumluluğunda Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s. 114.

³⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 2014/555, K. 2014/587, Karar Tarihi: 05.05.2014, <https://legalbank.net/belge/um-hukukb-e-2014-555-k-2014-587-t-05-05-2014-haksiz-fiil-iddiasindan-kaynaklanan-uyusmazligin-gorum-1412953/%22fiili+yol%22>, (Erişim Tarihi: 25.03.2020).

⁴⁰ Örneğin Yargıtay zarar gördüğünü iddia eden şahsın idarenin yaptığı ihaleye katılarak en uygun teklifi verdiğini, ihalenin kendisine verildiğini, 4734 sayılı Kanun’un 10/4-c bendi uyarınca ihaleyi kazananların pirim borcunun olmaması gerektiğini, davalı tarafça borcu olmadığı halde borcu varmış gibi bilgi verilmesi nedeniyle ihalenin iptal edildiğini ve bu nedenle zarara uğradığını belirterek maddi tazminat talep ettiği davanın, hizmet kusurunun varlığı gerekçesiyle idari yargıda açılması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2016/2321, K. 2016/8103, Karar Tarihi: 20.06.2016, <https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2016-2321-k-2016-8103-t-20-06-2016/2486546/%22fiili+yol%22>, (Erişim Tarihi: 25.03.2020).

Hizmet kusuru, nesnel bir niteliktedir. Haksız fiil bakımından bireyler açısından söz konusu olan kin, garez, husumet gibi dürtülerle ortaya çıkan ya da ihmal, tedbirsizlik, dikkatsizlik gibi beşeri zaafarla ortaya çıkan sübjektif nitelikli bir kusur değildir. Hizmetin kendisinde görülen düzensizlik, bozukluk, aksaklık, eksiklik gibi durumlardan kaynaklanan objektif nitelikli bir kusurdur.⁴¹

Hizmet kusuru dendiğinde, özel hukuktaki haksız fiil bakımından şart olan kusurdan farklı, bağımsız, özerk bir kusur akla gelir. Bu kusur, idarenin kusuru olması bakımından kamu hukukuna ve idare hukukuna özgü, otonom ve orijinal bir kusur türüdür.⁴² Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin bireylerin zararını tazmin etmeleri için aranan şartlardan biri olup özel hukuktaki sübjektif ve psikolojik anlamından farklıdır.⁴³

Hizmet kusuruna dayanan kusurluluk asli ve birincil bir sorumluluktur. Çünkü hizmet kusuru sonucu meydana gelen zarar nedeniyle, zarar gören kişi doğrudan idare aleyhine dava açabilir. Bu durum kişiler bakımından özel hukuktaki kusur sorumluluğuna kıyasla daha güvencelidir. Çünkü hizmet kusurunun varlığı halinde kusur kamu görevlisinden dahi kaynaklansa idare Borçlar Kanunu'nun 55. maddesindeki kurtuluş beyinelerini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.⁴⁴

Hizmet kusuru, soyut, objektif ve anonim bir kusurdur. Hizmet kusuru idarenin kusuru olduğu için kişileştirilemeyen veya kişiselleştirilmesi gerekmeyen kişilik dışı bir kusurdur. Esasında idari faaliyetin beşeri unsurunu oluşturan kamu görevlilerinin davranışlarından kaynaklanmasına rağmen belirli bir kamu görevlisine ya da görevlilerine atfedilemeyen ve atfolunması da gerekmeyen bir kusurdur. Zira olay araştırıldığında kusuru bulunan kamu görevlileri belirlenebiliyorsa dahi, aslen idare için sorumluluğa yol açan bir kusurdur. Diğer bir deyişle, idarenin kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından sorumluluğu ikincil ya da dolaylı bir sorumluluk değildir.⁴⁵

⁴¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 160.

⁴² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 160. Kalabalık, s. 532.

⁴³ Onar, s. 1695. Sancakdar, Us, Kasapoğlu Turhan, Önüt, Seyhan, s. 755.

⁴⁴ Kalabalık, s. 531. Sancakdar, Us, Kasapoğlu Turhan, Önüt, Seyhan, s. 755. Onar, s. 1696. Özyay, s. 836.

⁴⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 161. Kalabalık, s. 531. Sancakdar, Us, Kasapoğlu Tur-

Son dönemde hem kişisel kusur, hem de kusursuz sorumluluk alanına doğru genişleme eğilimi gösteren hizmet kusuru, bu bakımdan esnek ve değişken bir kusur türüdür. Bu değişim yargı kararları ile gerçekleşmektedir. Dolayısıyla hizmet kusuru kavramı yargısal içtihatla gelişmekte ve şekillenmektedir.⁴⁶ Olaylara göre değişkenlik göstereceği için, idari yargı organı her somut olayda kamu yararı, kamu gereklilikleri, işleyiş şartları, zararın niteliği, hukuk devleti ilkesi gibi unsurları göz önünde bulundurarak tespit edilecek kusura dair tazminata hükmedecektir.⁴⁷

F. Hizmet Kusuru Sayılan Haller

1. İdarenin Eylemlere İlişkin Hizmet Kusuru

a. Hizmetin Kötü İşlemesi

Hizmetin kötü işlemesi hali, hizmetin gereği gibi yürütülememesi durumunda söz konusudur. Öte yandan, hizmetin hangi hallerde kötü işlemiş olduğunu genel olarak belirlemek mümkün değildir. Çünkü hizmetin kötü ya da iyi işlemesi, hizmetin niteliğine, idarenin sahip olduğu olanaklara bağlı olup her somut olay açısından farklılık gösterir.⁴⁸ Hizmetin kötü işlemesini, hizmetin beklenen özen, dikkat ve kalitede yapılmaması olarak da tanımlayanlar mevcuttur.⁴⁹ Esasen diğer hizmet kusuru hallerinde de hizmetin kötü işlemesi söz konusudur.⁵⁰

İdare kamu hizmeti sunmak zorunda olan bir devlet organı olduğu için, mevzuatla yetkili ve görevli kılındığı kamu hizmetleri gereği gibi yerine getirmek için gerekli örgütü kurmak, araç, gereç ve personeli hizmetin gereklerine uygun şekilde hazırlamak durumundadır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi esnasında bunlardan faydalananlara bir zarar gelmişse ya da kişilerin ihtiyaçları normal şekilde karşılanmıyorsa kamu hizmetinin kötü işlemesinden bahsedilebilir.⁵¹

han, Önüt, Seyhan, s. 756. Onar, s. 1697.

⁴⁶ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 161. Onar, s. 1698.

⁴⁷ Kalabalık, s. 532. Sancakdar, Us, Kasapoğlu Turhan, Önüt, Seyhan, s. 756.

⁴⁸ Günday, s. 370.

⁴⁹ Özay, s. 838.

⁵⁰ Aysema Pelin Şaşmaz, "İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2 (2), 2016, s. 218.

⁵¹ Kalabalık, s. 530.

Hizmetin kötü işlenmesine ilişkin bir örnek olarak, belediyenin yol yapım ve onarımını yaptığı alt yapı çalışmaları esnasında Karayolları Genel Müdürlüğü denetiminde bulunan yolun parke ve tretuvarlarına zarar verdiği gerekçesiyle doğan uyuşmazlıkta, davalının kamu hizmetini yerine getirirken hizmetin kötü işlemesi nedeniyle hizmet kusurunun mevcut olduğu kabul edilerek davanın idari yargıda görülmesi gerektiği kabul edilmiştir.⁵² Bir başka Danıştay kararında, ifadesi alınmak üzere polis karakoluna getirilen kişinin ifadeyi alan polis memurunca dövülmesi, nezarete gözetim altına alındıktan sonra ölmesi olayında, polis memurunun şahsı darp etmesi hizmetin kötü işlemesi olarak kabul edilmiş ve hizmet kusurunun varlığı nedeniyle idarenin sorumluluğuna hükmedilmiştir. Danıştay bu kararında, idare tarafından hizmet personeli üzerindeki *denetimin* gereğince yapılmamış olmasının *hizmetin kötü işlemesi* biçiminde ortaya çıktığını ve idarenin bu kamu hizmetinin yürütülmesindeki kusuruna neden olduğunu vurgulamıştır.⁵³

b. Hizmetin Geç İşlemesi

Hizmetin olağan sayılamayacak bir gecikmeyle yerine getirilmesi halinde hizmetin geç işlemesi söz konusudur. Bu belirlenirken hizmetin özelliğine göre idarenin kendinden beklenen çabukluğu gösterip gösteremediğine bakılır.⁵⁴ Ancak idarenin işin niteliğine ve durumun gereğine göre harekete geçebilmesi için *normal ve makul bir süre* geçmesi gerekir. Arada geçen kısa ve zorunlu bir süre için ortaya çıkan zarardan idareyi zorunlu tutmak doğru olmaz. Ayrıca hizmet kusuru idarenin üstlendiği hizmetlerin yerine getirilmesiyle ilgili bir kusur olması bakımından idarenin görmekle yükümlü olmadığı hizmetlere ilişkin gecikmeler nedeniyle sorumluluğu yoluna gidilmez.⁵⁵

⁵² Danıştay 8. Daire, E. 2004/596, K. 2004/3110, Karar Tarihi: 29.06.2004, <https://legalbank.net/belge/d-8-d-e-2004-596-k-2004-3110-t-29-06-2004-kamu-hizmetinin-gec-veya-kotu-islemesi/382830/%22hizmetin+k%c3%b6t%c3%bc+i%c5%9flemesi%22>, (Erişim Tarihi:20.06.2020).

⁵³ Danıştay 10. Dairesi, E. 1997/3568, K. 1999/4782, Karar Tarihi: 12.10.1999, <https://legalbank.net/belge/d-10-d-e-1997-3568-k-1999-4782-t-12-10-1999-polis-karakolunda-iskence-yapilmasi-sonucu-olum/402201/%22hizmetin+k%c3%b6t%c3%bc+i%c5%9flemesi%22>, (Erişim Tarihi:20.06.2020).

⁵⁴ Günay, s. 370.

⁵⁵ Özay, ss. 839-840.

Bazı durumlarda, nadiren de olsa, mevzuat idarenin hizmeti hangi süreler içinde göreceğini belirlemiş olabilir. Bu ihtimalde, bu süre aşıldıysa hizmetin geç işlediği tespiti yapılabilir. Aksi durumda ise hizmetin geç işleyip işlemediği konusunda hizmetin özelliğine, türüne, idarenin olanaklarına vb. göre belirlenecektir.⁵⁶

Hizmetin geç işlemesine örnek bir Danıştay kararında, davacıların yakınının tedavi gördüğü devlet hastanesinde ölümü olayında, bilirkişi raporunda davacıların yakınına uygulanan tedavide gecikme olduğu, bazı tetkiklerin hiç yapılmadığı, bu tetkiklerin yapılmamasının tedavinin gecikmesine neden olduğunu tespit edilmiştir. Her ne kadar Adli Tıp Kurumu'nun raporunda, sağlık *hizmetinin geç işletilmesinin* davacıların yakınının ölümüne neden olduğu net bir şekilde ortaya konulmadığı için, davacıların maddi ve ölüme bağlı manevi zararının tazminine karar verilmese de Danıştay, sağlık *hizmetinin geç işletilmesi*, tıbbi müdahalenin gecikmesi nedeniyle davacıların duydukları acı ve üzüntü nedeniyle manevi zararların tazmininin gerektiğine hükmetmiştir.⁵⁷

Danıştay bir başka kararında, bir binaya inşaat ruhsatı veren belediyenin, inşaatın usulüne uygun şekilde yapılıp yapılmadığının kontrolünün çok uzun süre sonra yapılmasını, hizmetin geç işlemesi şeklindeki hizmet kusuru olarak değerlendirmiştir. Uyuşmazlık konusu yapıya zemin+4 normal kat için belediye tarafından inşaat ruhsatı ve-

⁵⁶ Günday, s. 371. İYUK Madde 10 - "1. İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. 2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez. Dava açılması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler". Söz konusu hükme göre, kanun koyucu kanunların ayrıca bir süre öngörmediği hallerde, idarenin olumsuz davranışlarına ve özel kişilerin haklarını savsaklamalarına fırsat vermemek için en çok altmış günlük süre içinde olumlu veya olumsuz bir işlem yapmaya zorlamakta, bu süre içinde idare bir karar almaz veya bir işlem yapmazsa başvuruyu zımnî olarak reddetmiş sayarak kişilerin yargı yoluna başvurmalarını amaçlamaktadır. Kalabalık, s. 533.

⁵⁷ Danıştay 15. Daire, E.2013/3258, K. 2014/1371, Karar Tarihi: 04.03.2014, [https://legalbank.net/belge/d-15-d-e-2013-3258-k-2014-1371-t-04-03-2014-trafik-kazasi-sonucu-yaralanan-murisin-tedavi-gordugu-de/1466786/%22hizmetin+ge%c3%a7+i%c5%9flemesi%22,\(20.06.2020\).](https://legalbank.net/belge/d-15-d-e-2013-3258-k-2014-1371-t-04-03-2014-trafik-kazasi-sonucu-yaralanan-murisin-tedavi-gordugu-de/1466786/%22hizmetin+ge%c3%a7+i%c5%9flemesi%22,(20.06.2020).)

rilmiş, ancak on yılı geçkin bir süre boyunca herhangi bir kontrol veya denetim yapılmamış ve 2006 yılında yıkım tehlikesi altında bulunduğu anlaşılması üzerine binanın tahliyesi yolunda işlem tesis edilmiştir. Danıştay, sözü edilen yapının ruhsata aykırı olarak 4 kat yerine 8 kat ve fen ve inşaat tekniklerine aykırı yapılması, davalı idarelerin uzunca bir süre denetim yükümlülüklerini yerine getirmemesi, böylece *hizmetin geç işlemesi* nedeniyle zararın doğduğuna karar vermiştir.⁵⁸

c. Hizmetin Hiç İşlememesi

Hizmet kusuru, idarenin somut davranışı ve tutumu sonucunda oluşabileceği gibi, yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmet için hiçbir şey yapmaması, hareketsiz kalması halinde de oluşabilir.⁵⁹ Ancak, öncelikle idarenin hizmeti yürütme konusundaki yetkisinin bağlı yetki mi, yoksa takdir yetkisi mi olduğuna bakılmalıdır. Yine de idarenin bir hizmetin yürütülmesi hususunda takdir yetkisi varsa, idarenin hareketsiz kalması, sorumsuzluğu sonucunu doğurmayabilir. Çünkü idarenin takdir yetkisi de mutlak değildir ve belli sınırlar içinde kullanılması gerekir.⁶⁰ Bağlı yetki hallerinde ise idarenin yeterli imkân olmasına rağmen bağlı yetkisini kullanmaması ve bir zarar doğması durumunda bu zararlı sonuçtan idarenin sorumluluğu doğar. Çünkü bu durum kanuna aykırılıktır ve hukuka bağlı olan idare, kanuna aykırılıktan sorumludur.⁶¹ Danıştay; idarenin yapmakla yükümlü kılındığı hizmetler açısından idarenin hareketsiz kalmasını açık hizmet kusuru saymaktadır.⁶² Burada idarenin görevli olmadığı bir konuda hizmetin işlememesi durumunda hizmet kusuru doğmayacağı da belirtilmelidir.⁶³

⁵⁸ Danıştay 6. Daire, E. 2008/10985, K. 2010/9594, Karar Tarihi: 19.10.2010, <https://legalbank.net/belge/d-6-d-e-2008-10985-k-2010-9594-t-19-10-2010-ruhsatsiz-veya-ruhsat-ve-eklerine-aykiri-olarak-baslanan/752655/%22hizmetin+ge%c3%a7+i%c5%9flemesi%22>, (20.06.2020).

⁵⁹ Kalabalık, s. 533.

⁶⁰ Günday, s. 372.

⁶¹ Kalabalık, s. 534.

⁶² "Kamu idareleri yapmakla yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yürütürken hizmetin işleyişini düzenli olarak denetlemek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler. İdarenin kendisine yüklenen görevleri ve yetkileri ayrıcalık ve araçları kullanmayarak, bilerek ve düzenli biçimde zarara neden olması halinde; bu zararın idare hukukunun genel ilkelerinden olan açık hizmet kusuru ilkesine göre tazmini gerekmektedir", Danıştay 10. Daire, E. 1993/724, K. 1993/3146, Karar Tarihi: 13.9.1993, Şaşmaz, s. 219.

⁶³ Özey, s. 840.

Anayasa'nın 65. maddesinde "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda anayasa ile belirlenen görevlerini, ...mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir." denmektedir. Bu hükümden yola çıkarak "hizmetin hiç işlememesi idarenin mali kaynaklarının yetersizliğinden kaynaklanıyorsa hizmet kusuru doğmayacak mı?" sorusu gündeme gelmiştir. Danıştay 12. Dairesi, 29.04.1972 tarihli ve 1970/5736 Esas ve 1972/1282 Karar numaralı kararında "... Devletin sorumluluğu iktisadi gelişme ve mali kaynaklarının yeterliliğiyle sınırlıdır..." diyerek dere yataklarının sık sık temizlenerek bakımlı bir halde tutulamamasından kaynaklı doğan zararlardan devletin hukuken sorumlu tutulamayacağı sonucuna varmıştır. Ancak idarenin her zaman mali kaynakların yetersizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması söz konusu olamayacağından, bu sorumsuzluk halini sınırlamak gereklidir. Keza Anayasa'nın 65. maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere, böyle bir ölçüt sadece sosyal ve ekonomik alanlar bakımından idare tarafından ileri sürülebilir. GÜNDAY'a göre, idarenin mali kaynaklarının yetersizliğinden ötürü bir hizmetin hiç yürütülmemesi kabul edilse dahi, yürütmeye başladığı bir hizmeti mali kaynaklarının yetersizliği nedeniyle yürütmekten vazgeçmesi halinde sorumluluktan kurtulmaması gerekir.⁶⁴

Hizmetin hiç işlememesi nedeniyle meydana gelen zarar nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'yi tazminata mahkûm ettiği çeşitli kararları mevcuttur. AİHM Büyük Dairesi'nin 30.11.2004 tarihli "Öneryıldız/Türkiye"⁶⁵ kararı idarenin hizmet kusurunu ortaya koyan emsal bir karardır. İstanbul'da bir gecekondu mahallesinin yanında belediye tarafından işletilen çöplükte meydana gelen patlama sonucunda 19 kişinin ölmesi üzerine yapılan başvuruda, yetkililerin işletme risklerini ortadan kaldırmak için önlem almadıkları, başvuru-cuyu bu risklerin kaynağı olan çöplüğün yakınında yaşamaktan caydırmak için girişimde bulunmadıkları gerekçesiyle Türkiye tazminata mahkûm edilmiştir. Aile içi şiddetin idarece önlenmemesi konusunda emsal olan bir karar ise "Opuz/Türkiye"⁶⁶ kararıdır. Başvurucunun eski

⁶⁴ Günday, ss. 372-373.

⁶⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Öneryıldız - Türkiye Davası, Başvuru no.: 48939/99, Karar Tarihi: 30.11.2004, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22langua%22:%22TUR%22,%22appno%22:%2248939/99%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-162089%-22}}>, Erişim Tarihi: 12.02.2021.

⁶⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Opuz - Türkiye Davası, Başvuru no.:

kocası başvurucunun annesini, yetkili merciler kocanın şiddet içeren davranışları konusunda defalarca uyarılmış olmasına rağmen öldürmüştür. Başvurucu ve annesi eski eş tarafından defalarca yaralanmış, psikolojik tacize maruz kalmış ve ölümlü tehdit edilmiş olmasına rağmen başvurucunun şikâyetleri takipsizlikle sonuçlanmış, yetkili merciler başvurucu ve annesini korumamıştır. Söz konusu başvuru nedeniyle de Türkiye tazminata mahkûm edilmiştir.⁶⁷

2. İdarenin İşlemlere İlişkin Hizmet Kusuru

a. İdari İşlemin Salt Tesis Edilmesinden Doğan Hizmet Kusuru

Bazı idari işlemler salt tesis edilmekle kendiliğinden uygulanmış olurlar. Olumsuz idari işlemler salt tesis edilerek kimi hakları ihlal edip zarara neden olabilirler. Örneğin inşaat ruhsatı talebinin reddi yüzünden bir kişi zarar görebilir. Bunun yanında yapılan başvurulara sessiz kalan idare nedeniyle oluşan zımni ret işlemi nedeniyle kişiler zarar görebilir. Bazı durumlarda olumlu idari işlemlerin salt tesis edilmesi ile de zarar meydana gelebilir.⁶⁸ Örneğin idarenin hukuka aykırı işleminin mahkemece iptal edildiği bir olayda, iptale konu işleme güvenerek harcama yapan kişi, iptal sonucunda zarara uğramıştır. Danıştay olayda hukuka aykırı işlemin iptali sebebiyle uğranılan zararın idarece tazmin edilmesi gerektiği kararına varmıştır.⁶⁹

b. İdari İşlemin Uygulanmasından Doğan Hizmet Kusuru

Hukuka aykırı idari işlemlerin uygulanmasından doğan zararlar da hizmet kusuru teşkil edebilir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üze-

33401/02, Karar Tarihi: 9.06.2009, [https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-124268&filename=CASE%20OF%20OPUZ%20v.%20TURKEY%20-%20\[Turkish%20Translation\]%20summary%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs.pdf](https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-124268&filename=CASE%20OF%20OPUZ%20v.%20TURKEY%20-%20[Turkish%20Translation]%20summary%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs.pdf), Erişim Tarihi: 12.02.2021.

⁶⁷ Sancakdar, Us, Kasapoğlu Turhan, Önüt, Seyhan, s. 752.

⁶⁸ Kalabalık, s. 535.

⁶⁹ “Olayda, uğradığı ileri sürülen zararın, davacı şirketin ihaleye katılmasından ve 10 gruptan oluşan laboratuvar hizmet alımının tamamına teklif verilmesi zorunluluğu getiren ihale şartnamesinin hukuka aykırı biçimde düzenlenmesinden kaynaklandığı, zarar ile idarenin işlemi arasında illiyet bağı olduğu açıktır”. Danıştay 13. Daire, E. 2011/2603, K. 2011/3886, Karar Tarihi: 20.9.2011, Şaşmaz, “İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış”, s. 216.

re, her sakatlık hali idarenin hizmet kusuru anlamına gelmez. Dahası hukuka aykırılık nedeniyle bir işlemin iptal edilmesi durumunda her zaman hizmet kusuru olmayabilir.⁷⁰

Zarar görenler, hukuka aykırı işlemlerin uygulanmasından doğan zararların karşılanmasını doğrudan doğruya tam yargı davası açarak idareden talep edebilecekleri gibi, iptal davasıyla birlikte ya da iptal davasının sonuçlanmasının ardından da isteyebilirler. Yoklukla sakat işlemler için de benzer durum söz konusudur. KALABALIK'a göre, bu işlemler bakımından, yoklukla sakat işlemi uygulayan kamu personelinin kötü niyet, kasıt, kin, garez, intikam ya da ağır dikkatsizlik gibi görev ve hizmetle ilişkisini kesen bir kusur bulunmadığı sürece yoklukla sakat işlemin doğurduğu zarardan da idare, hizmet kusuru esasına göre sorumludur.⁷¹

G. Hizmet Kusurunun Kanıtlanması ve Kusur Karinesi

İdarenin kusurlu olduğunun kanıtlanması, genel bir usul hukuku kuralı olan "*iddia eden ispatını mükelleftir*" kuralı gereği zarar gören davacıya düşer. Davacı, idarenin kusurunu kanıtlayamazsa idari yargı yeri davayı reddeder. Ancak bu durumu idari yargılama bakımından yumuşatan iki husus söz konusudur: "*re'sen araştırma ilkesi*" ve "*kusur karinesi*".

Re'sen araştırma ilkesi, "*davanın taraflarının sunmasına veya talebine bağlı olmadan her türlü incelemenin mahkemece kendiliğinden yapılması*" dır. İYUK m. 20'de bu husus "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler*" şeklinde düzenlenmiştir. Re'sen araştırma ilkesi gereği mahkemeler belgeleri istemenin yanı sıra gerekli görüyorlarsa keşif ve bilirkişi incelemesini de re'sen yaptırabilirler. İlkenin amacı, idari yargı bakımından daha güçlü taraf olan idare ile idare edilenleri eşitlemektir. Zira idarenin karşısındaki bireyin davasını aydınlatacağı

⁷⁰ Kalabalık, s. 535. Bu durum yukarıda "Hizmet Kusuru ve Hukuka Aykırılık" başlığı altında ifade edilmişti.

⁷¹ Kalabalık, ss. 535-536.

delilleri bulması çoğu zaman çok güçtür ve sadece kendisinin sunduğu delillerle davayı kazanması zor olacağı için hâkim resen araştırma yetkisi ile donatılmıştır.⁷² Dolayısıyla hizmet kusurunun tespiti noktasında, zarar gören zarara sebep olan eylem ve durumları tam olarak bilemiyor ya da tespit edemiyorsa bile idari yargı yeri kendiliğinden zarara sebep olan ve sorumluluk doğuran hususları araştıracaktır.

Kusur karinesi ise, *“hâkimin farklı ipuçlarından yola çıkarak kesin olarak bilinmesi imkânsız nitelikteki bir kusurun varlığını ortaya çıkarmaya yönelik mantıksal işlem”* olarak ifade edilmektedir. İdarenin kusurunun varlığının ispatlanmasının gerçekten zor olduğu bazı durumlarda kusurlu olduğu yönünde bir karine kabul edilerek ispat güçlüğünün aşılması mümkündür. Kusur karinesi, idari yargı içtihatları ile ortaya çıkan *“fiili bir karine”* olup idare tarafından aksi ispat edilebilen bir karine olması nedeniyle aynı zamanda *“adi bir karine”* dir. Kusur karinesi yargılamanın tarafları arasında eşitsizliği dengeleme amacı gütmesi nedeniyle adil yargılanma ilkesine de hizmet eder. Günümüzde kamu hizmetlerinin giderek genişlemesi ve çeşitlenmesi bakımından zarar görenin zararını ispatlamasının giderek zorlaştığı göz önünde tutulduğunda, uyuşmazlıkların çözümü noktasında kusur karinesi önem kazanmaktadır.⁷³

Fransız Danıştayı özellikle iki alanda kusur karinesini uygulamıştır. Bunlardan biri kamusal tesislerden yararlananların uğradıkları kazalar; diğeri ise tedavi hizmetleri esnasında anormal ve beklenmedik durumların ortaya çıkmasıdır. Türk Danıştay’ı ise kararlarında kusur karinesine başvurmamakta, bunun yerine idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanmaktadır.⁷⁴ Kanımızca, kusursuz sorumluluk ilkesinin kusur sorumluluğuna göre ikincil nitelikli olması nedeniyle, Danıştay’ın öncelikle kusur karinesine başvurarak idarenin kusurlu sorumluluğu çerçevesinde uyuşmazlığa çözüm getirmesi daha yerinde olacaktır.

⁷² Mahmut Ceylan, *İdari Yargıya Hâkim Olan İlkeler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 106-108.

⁷³ Emine Cin Karagöz, *“İdarenin Sorumluluğunda Karine Kavramı, Uygulama Alanı ve Yargısal Denetimi”*, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 148, Aralık 2018, ss. 47-48.

⁷⁴ Kalabalık, s. 538.

H. Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı

1. Genel Olarak Kişisel Kusur

Danıştay içtihatlarında kişisel kusura ilişkin, *“hizmeti yürüten personelin görevi sırasında yaptığı eylem ve işlemlere dair kişisel kusurunun hizmet kusuru oluşturacağı ve idarenin de bu zararın tazminiyle sorumlu tutulacağı, idare hukukunun bilinen ilkelerindedir.”* tespitini kararlarında sıklıkla ifade etmektedir. Dolayısıyla Danıştay’a göre kamu görevlisinin görevini yerine getirirken oluşan kişisel kusurlarından da idare sorumludur.⁷⁵

Doktrinde kimi zaman kişisel kusur “salt kişisel kusur” ile eş değer anlamda kullanılmaktadır. Bu iki kavramın birbiri yerine kullanılması karışıklığa yol açmaktadır. “Salt kişisel kusur” ifadesinin, hizmet dışında işlenen ve hizmetle hiçbir bağı olmayan, resmi görev ve sıfattan ayrılabilen, tamamen kamu görevlisine ait kusurlar için kullanılması kanımızca daha doğru olacaktır.

Salt kişisel kusur ile hizmetten ayrılmayan kişisel kusur ya da diğer bir ifadeyle görev kusurunu ayırt etmek istemiştir. Bu iki kusur türünü ayırmak bazı hallerde oldukça zordur. ONAR, bu konuda ileri sürülen kriterleri üç başlıkta toplamaktadır: İlk olarak memurun fiili bir suç niteliği taşıdığı takdirde kusur, memurun sorumluluğunu doğuran kişisel kusur olabilir. İkinci olarak, memurun kişiye karşı kötü bir kasıt ve niyetinden çıkan kusuru memurun sorumluluğunu doğuran kişisel bir kusur meydana getirir. Üçüncü olarak da bazı hallerde memurun kusuru çok ağır ise memurun sorumluluğunu doğuran kişisel kusur sayılır.⁷⁶

Doktrin ve yargı kararlarında memurun kişisel kusurunun bulunduğu özel durumlar aşağıda daha ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

a. Kamu Personelinin Suç Niteliğindeki Davranışları

Kamu personelinin suç niteliğindeki davranışları bakımından doktrinde ve yargı kararlarında görüş ayrılıkları mevcuttur. Bir görü-

⁷⁵ Danıştay 15. Dairesi, E. 2016/8532, K. 2017/3145, Karar Tarihi: 30.5.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2016-8532.htm&kw=`ki%C5%9Fisel+kusur`#fm>, (Erişim Tarihi: 12.03.2020).

⁷⁶ Onar, ss. 1699-1701.

şe göre, kamu personellerinin taksirli ya da kasıtlı olan hizmet içindeki davranışı suç niteliği taşıyorsa, bu durumda kusurun tamamen kişisel olduğu kabul edilir. Suç ile hizmet birbirleri ile bağdaşmayan iki ayrı kavram olup bir davranış suç niteliği taşıyorsa artık onun hizmet ile ilişkisi kesilmiş kabul edilir.⁷⁷ Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise her ne kadar kamu görevlilerinin görevden ayrılabilen kişisel kusurları idarenin kusurunu ortadan kaldırmalıysa da eylemin suç olması görevden ayrılması için yeterli ölçüt değildir. Örneğin kolluk görev sırasında suç da işleyebilir. Kolluk görevlilerinin suç sayılan işkence eylemlerini görevden ayırmak mümkün değildir.⁷⁸

Burada değinilmesi gereken bir husus da “kanunsuz emir” konusudur. Anayasa’nın 137. ilk ve ikinci maddelerine göre “*Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç*

⁷⁷ Günday, ss. 374-375.

⁷⁸ Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Tekinsoy, s. 948. Danıştay da bu durumla paralel şekilde, Jandarma Bölük Komutanlığına bağlı bir timin idari bir görevin ifası nedeniyle gittikleri köyde, tim komutanı tarafından vurularak öldürülen kişinin yakınlarının uğradıklarını öne sürdükleri maddi ve manevi zararlarının tazmini istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesi’nin hizmetle bağdaşmayan ve suç niteliği taşıyan kişisel kusurundan nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin kararı bozmuştur. “Dava konusu olayda, bir jandarma timinin idari bir görev nedeniyle gittikleri köyde köpeklerin saldırısına uğradıkları, köylülerden birinin köpeklere müdahale ettiği sırada jandarma tim komutanının silahtan çıkan merminin köpeklere müdahale eden kişinin ölümüne sebep olduğu anlaşılmaktadır. Olay nedeniyle yapılan ceza yargılaması sonunda, ölüme sebep olan jandarma tim komutanı tam kusurlu bulunarak, dikkatsizlik ve önlemsizlik nedeniyle cezalandırılmıştır. Ancak bu durumun davalı idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı sadece idareye söz konusu kişiye rücu etme imkânı vereceği açıktır. Zira bir kamu görevlisinin görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurun suç niteliği taşısa bile, hizmet kusuru oluşturacağı idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Jandarma tim komutanının idari faaliyetle ilgili bir görev sırasında davacıların yakınlarının ölümüne neden olması hizmetin kusurlu işletildiğini göstermektedir. Davalı idarenin açıklanan hizmet kusuru nedeniyle davacıların uğradığı zararı tazmin etmesi gerekmekte olup; aksi yolda verilen temyizle konu kararda hukuki isabet görülmemektedir.” Danıştay 10. Daire, E. 1995/1806, K. 1996/5983, Karar Tarihi: 15.10.1996, <https://legalbank.net/belge/d-10-d-e-1995-1806-k-1996-5983-t-15-10-1996-danistay-10-daire-karari/530681/%22hizmet+kusuru%22>, (Erişim Tarihi: 31.03.2020).

teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz." Bu hüküm gereği ceza hukuku bakımından da kamu görevlisi kendisine verilen ve suç niteliği taşıyan emri uyguladığı takdirde sorumluluktan kurtulamaz. Ancak konusu suç teşkil etmemekle birlikte emrin konusu hukuka aykırı ve yazılı olarak bildirilmiş olması durumunda sorumluluk emri uygulayana değil verene aittir. Kanaatimizce bu durumda artık idari sorumluluk anlamında da kamu personelinin kişisel kusuru bulunmayacaktır; Anayasa da kanunsuz emrin yazılı olarak tekrarlanması halinde yerine getirileceğini düzenlemektedir. Ancak ONAR'a göre memurun amire itaat mecburiyeti onu kişisel kusurlarından kaynaklı kişisel sorumluluğundan kurtarmaz. Çünkü hiyerarşi yetkisi memura, amirine körü körüne itaat, kanunlara aykırı fiillerde bulunma, kişisel kusur oluşturacak eylemlerde bulunma gibi yükümlülükler yüklemesiz.⁷⁹

b. Yargı Kararlarına Uymama

Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında yer alan "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*" şeklindeki düzenleme ile mahkeme kararlarının idare tarafından uygulanması anayasal düzeyde koruma altına alınmıştır. Bu zorunluluğa uyulmadığı takdirde Anayasa m. 40/3 ve m. 129/5 hükümlerinin uygulanması söz konusu olur.⁸⁰

Yargı kararlarına uymamak, ilgili kamu personelinin kişisel kusuru olarak kabul edilmektedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.09.1979 tarihli ve 1978/7 Esas ve 1979/2 Karar numaralı kararına göre, Danıştay tarafından verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarını uygulaması gereken bakan veya diğer kamu görevlilerinin bu kararları uygulamaması kişisel kusurdur.⁸¹

⁷⁹ Onar, s. 1700.

⁸⁰ Yasin Söyler, "Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, Y. 2010, Sa. 2, ss. 575-576.

⁸¹ Günday, s. 375. Yargıtay içtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 24.9.1979 gün ve 7/2 sayılı kararında da, yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin hukuki sorumluluğunun bulunduğu belirtilerek, yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının yalnızca uygulanmamasının bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin, zararın gerçekleşmesi halinde tazminatla sorumlu tutulması için yeterli olduğu, sorumluluk için ayrıca kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi

Yargıtay'ın, kamu görevlisinin mahkeme kararını uygulamaması durumunda salt kişisel kusurunun bulunacağı ve bu nedenle mahkeme kararının uygulanmamasından dolayı adli yargı mercilerinde sadece kamu görevlisinin sorumluluğuna gidilebileceği yönünde kararları mevcuttur. Yargıtay'ın bu tutumunun ardında mahkeme kararlarının uygulanmasında gerekli özen ve dikkati göstermeyen hatta kişisel veya siyasi saiklerle mahkeme kararlarını uygulamayan ya da uygulanmasını geciktiren kamu görevlilerini caydırmak amacı vardır. Zira kamu görevlisinin doğrudan sorumlu tutulması, rücu müessesesinin işletilmesinden daha caydırıcıdır.⁸²

altında hareket ettiklerinin araştırılmasına gerek bulunmadığı kabul edilmiştir. Mahkemeye göre ayrıca, "kişisel kusurun saptanması için sayılan duyguların etkisi altında davranıldığı belirlenip ortaya çıkarılmasında ispat yönünden büyük güçlükler vardır. Böyle bir görüşün kabulü halinde karar gereğini yerine getirmeyen görevlinin hukuki sorumluluğu ancak pek sınırlı durumlarda mümkün olabilecektir ve böylece Danıştay kararlarının uygulanması olanağı hemen hemen ortadan kalkacaktır". Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu E.1978/7, K. 1979/2, 22.10.1979, <https://legalbank.net/belge/y-ictihadi-birlestirme-buyuk-genel-kurulu-e-1978-7-k-1979-2-t-22-10-1979-danistayca-yurutmenin-durdu/187516/>, (Erişim Tarihi: 20.03.2020)

⁸² Söyler, "Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur", s. 577. Yargıtay'ın söz konusu görüşüne örnek niteliğindeki bir kararında, "İl Milli Eğitim Müdürü olarak görev yapan davacı 11.11.2004 günü Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı'na uzman olarak atanmış, işlemin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada yürütülmesinin durdurulmasına dair karar idare tarafından uygulanmış; işlemin iptaline dair 30.9.2005 tarihli kararının idareye tebliğ edildiği 15.2.2006 gününden önce 16.1.2006 gününde, davacı bu kez Personel Genel Müdürlüğü'nde oluşturulan komisyonda 6 ay süreyle görevlendirilmiştir. Davacı idareye başvurarak iptal kararının süresi içerisinde uygulanmasını talep ettiği, davalıların aldığı karar ile 16.1.2006 tarihli görevlendirilmenin sona erdirildiği ve bu kararın davacıya 23.3.2006 tarihinde tebliğ edilerek davacının geçici görevlendirilmeden ayrılışının 24.3.2006 tarihinde yapıldığı ve davacının önceki görevine eylemli olarak 27.3.2006 günü başladığı anlaşılmaktadır. Yürütmenin durdurulması kararı biçimsel olarak uygulanan davacı, bunun hemen arkasından başka yerde görevlendirilerek idare mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararı etkisiz hale getirilmiştir. Ayrıca, iptal kararına yönelik ilk işlem 30 gün dolmadan gerçekleştirilmiş olmasına karşın, davacının yasada öngörülen 30 günlük sürede eylemli olarak göreve başlaması sağlanmamıştır. Direnme yoluyla H.G.K. önüne gelen uyuşmazlık, yargı kararının uygulanmaması sebebiyle kişilik haklarına saldırıdan dolayı uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine dair davada yargı kararını uygulamadığı ileri sürülen kamu görevlilerinin kişisel kusurlarının aranıp aranmayacağı, burada varılacak sonuca göre davalıların manevi tazminatla sorumlu tutulmalarının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır. Uygulamada, yargı kararlarını yerine getirmeyenlerin tazminatla sorumlu tutulacakları kabul edilmekte, kararın otuz gün içinde uygulanmamış olması kişisel sorumluluk için yeterli sayılmaktadır. Yargı kararını uygulamak durumunda bulunanların, kararın eksikliği veya yanlışlığını tartışma yetkileri bulunmadığı

Daha önce 2577 sayılı İdari Yargılama Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hüküm ile "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez hükmü yer almış ve dördüncü fıkrasında ise Mahkeme kararlarının (otuz) gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir" düzenlemesine yer verilmişti. Bu hüküm ile mahkeme kararını 30 gün içerisinde kasten yerine getiremeyen kamu görevlisinin kişisel kusurundan doğrudan kendisinin sorumlu tutulabilmesi mümkündür. Söz konusu hüküm, Anayasa'ya aykırılık sebebiyle Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmüşse de, Mahkeme 11.12.2012 tarihli ve E. 2012/22, K. 2012/133 sayılı kararıyla hükmün anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.⁸³ Ancak 06.03.2014 tarihli 28933 sayılı Resmi Gazete'de ya-

gibi bu kararları eksik uygulamaları, uygulamış gibi davranarak işleme yapay bir görüntü vermeleri de kararın uygulandığı sonucunu doğurmaz. Kararın 30 gün içinde uygulanmamış olması kişisel sorumluluk için yeterli sayılmaktadır. Gerek öğretide gerekse sapma göstermeyen yargısal içtihatlarda yargı kararlarını uygulamamanın, salt kişisel kusuru oluşturacağı benimsenmiştir". Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/4-1553, K. 2015/11, 14.01.2015, <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2013-4-1553-k-2015-11-t-14-01-2015-yargi-kararinin-uygulanmamasisebebiyle-kisilik-haklarina/1487099/>, (Erişim Tarihi: 20.03.2020).

⁸³ Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında şu gerekçelere dayanmıştır: "Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci 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' denilmektedir. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarının uygulanması, hukuk devleti ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan hukuka bağlı idare anlayışının gereği'dir. Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında, 'Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez' denilmektedir. Bu hükme göre, kamu görevlileri de mahkeme kararlarını yerine getirmek zorunda olup, bu konuda seçim hakları bulunmamaktadır. Kaldı ki, mahkeme kararlarını kasten yerine getirmeyen memur ve diğer kamu görevlilerinin eylemleri suç oluşturmaktadır. Bu bağlamda, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca mahkeme kararlarını uygulayıp uygulamama konu-

yımlanarak yürürlüğe giren 6526 sayılı Kanun'la, 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin 4. fıkrası değiştirilmiştir: “*Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir*”. Dolayısıyla artık yargı kararlarını yerine getirmeme durumu da dâhil olarak hizmet kusuru bakımından sadece ilgili idare aleyhine dava açılabilir. Ancak idarenin daha sonra kişisel kusur nedeniyle kamu personeline rücu etmesi mümkündür.

c. Kamu Görevlilerinin Kötü Niyetli Davranması

Kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken düşmanlık, siyasi kin ve rekabet, kişisel ihtiras ya da kişisel menfaat sağlama gibi nedenlerle zarar verici işlem veya eylemlerde bulunmaları kişisel kusur sayılmaktadır.⁸⁴

Kamu görevlilerinin kamu hizmetlerini yerine getirmek için yetkilerini yalnızca kamu yararı doğrultusunda kullanmaları gerektiği göz önünde tutulduğunda, kamu görevlilerinin yetkilerini sübjektif saiklerle kullanmasının kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgisi bulunmamaktadır.

Öte yandan yetkilerin yerinde kullanılmaması, saptırılması suretiyle amaç unsuru bakımından hukuka aykırı her durumda, kamu görevlisi hukukun belirlediği amaç dışında hareket etmiş olmakla birlikte kendisine kişisel bir kusur isnat edilememekte ve bu haller de hizmet kusuru sayılmaktadır. Örneğin kamu görevlisi kamu düzenini korumak için kendine verilmiş bir yetkiyi idareye mali çıkar sağlamak

sunda seçim hakkı bulunmayan kamu görevlilerinin, yargı kararlarını kasten yerine getirmeme eylemleri, Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrası kapsamında değildir”. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b31ad75b-1894-455e-84bb-99a6c5aae1e5?excludeGereke=False&wordsOnly=False>, (Erişim Tarihi: 10.03.2020)

⁸⁴ Günday, s. 376, Yargıtay bir kararında, “Davacının sicil amirleri olan davalıların, nedensiz biçimde ve kişisel duygularla davacı hakkında olumsuz sicil raporu düzenledikleri iddia edilmektedir. Olumsuz sicil raporları açılan davalar sonucu “objektif olarak hazırlamadıkları” gerekçesiyle iptal edilmiştir. Dava dosyalarında da davacının sicilinin olumsuz olmasını gerektiren herhangi bir soruşturma veya rapor bulunmamaktadır. Bu duruma göre, davalıların sicil konusunda sübjektif davrandıkları, diğer bir anlatımla yansız olarak sicil düzenlemedikleri ve böylece kişisel kusurları bulunduğu anlaşıldığından bu somut olgu gözetilerek manevi tazminat takdiri gerekir” şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2003/1367, K: 2003/10869, Karar Tarihi: 30.09.2003, Söyler, “Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur”, s. 579.

için kullanırsa kişisel kusur sayılmamaktadır. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin içtihatlarına göre böyle bir durumda şahsi zaaf, çıkar, dikkatsizlik vs. yoktur.⁸⁵

d. Hizmetten Ayrılabilen Kişisel Kusur

Doktrinde bu kategoride incelenen durumlar zaman zaman “ağır kusur” olarak ifade edilmektedir. Ancak kanımızca bu başlık yerine hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ya da salt kişisel kusur kavramları daha uygundur. Zira kusurun ağır olması hali, her zaman kusurun hizmetten ayrı bir nitelikte olduğu anlamına gelmez. Hizmetten ayırlamayan bir durum söz konusuysen ağır kusurun varlığı hizmet kusurunu ortadan kaldırmaz.

ONAR, kişisel kusur mevcut olsa da şu durumlarda mutlaka hizmet kusurunun varlığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir: a) Suç oluşturmamak ve kötü niyetli olmamak şartıyla hukuki tasarrufların ve idari kararların içerdiği kusurlar. Ancak bu kusurlar yoklukla malul ise tasarruflar ortadan kalkar ve bu tasarruflara bağlı gelişen icrai hareketler kişisel kusur meydana getirerek haksız fiil meydana getirirler. b) Bir suç niteliğinde olmamak ve ağır kusur teşkil etmemek şartıyla bir hizmetin ifası sırasındaki fiiller ve idari hareketlerin içerdiği kusurlar.⁸⁶

Ancak Yargıtay'ın hizmet içerisinde gerçekleşse de hizmet ile bağdaşmayacak nitelikte bulunduğu ve salt kişisel kusur saydığı bazı örnekler mevcuttur. Devlet hastanesinde özel güvenlik görevlisi olarak çalışan davacı, aynı hastanede doktor olarak görev yapan davalıdan, sağlık güvencesi olmayan bir şahıs için sağlık raporu almak talep etmiştir. Davalı yapılacak bir şey olmadığını söyleyerek davacıya hakaret etmiş, bunun üzerine davacı, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia ederek manevi tazminat isteminde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi, davalının memur olması sebebiyle davanın ilgili kuruma karşı açılması gerektiği; davalıya husumet yöneltilemeyeceği gerekçe gösterilerek, husumet yokluğundan davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını “*kamu görevlilerinin hakaret etmeleri açıkça kişisel kusur oluşturur ve hiç bir biçimde görev ile ilişkilendi-*

⁸⁵ Onar, s. 1700.

⁸⁶ Onar, s. 1701.

rilemez. Bu sava dayanan davaların, Anayasa m.129/5 kapsamında değerlendirilmesi de mümkün değildir” gerekçesiyle bozmuştur.⁸⁷

Keza benzer bir olay olumsuz görev uyuşmazlığı nedeniyle Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Bir devlet hastanesinde personel olan davacı hamileliği sebebiyle aynı hastanede muayene olmak istediğinde doktorun kendisini muayene ederken çok sert davranması nedeniyle uyarması sonucu aralarında tartışma çıkması ve doktorun kendisine diğer personelin önünde hakaret etmesi nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla asliye hukuk mahkemesinde tazminat davası açmış; mahkeme davalı üniversite bünyesinde görevli doktorun muayene esnasında davacılara yönelik eylemi nedeniyle davacıların varsa manevi zararlarını doktorun bağlı olduğu idare aleyhine idari yargıda açacakları davayla talep etmeleri gerekeceği gerekçesiyle davanın yargı yolu bakımından reddine karar vermiş, bu karar kesinleşmiştir. Daha sonra davacı davasını idari yargıda açmış, idare mahkemesi idarenin eylemlerinden kaynaklanan tam yargı davalarında bir yıl içinde ön karar alınması gerekliliği bakımından davacının süreyi kaçırdığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, “kamu görevlilerince görevleri sırasında gerçekleştirilen işlem ya da eylemler sırasında, ağır kişisel kusur ile hareket edilmiş olması ve bu kusurun hizmet kusurundan ayrılabilir nitelikte bulunması durumlarında, hizmet kusuru ve zarara konu olay arasındaki illiyet bağı kesileceğinden, kamu görevlisinin yukarıda belirtilen Anayasal ve yasal korumadan yararlanması ve kamu görevlisine karşı şahsi kusuruna dayanılarak açılan davanın, 2577 sayılı Kanun çerçevesinde idari yargı yerinde görülmesi mümkün olmayacaktır” gerekçesiyle davanın asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir.⁸⁸

2. Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusurun Bir Arada Bulunması

İdarenin sorumluluğu açısından, kamu görevlisinin görevi ile ilgili olarak kimi kusurlu davranışlarıyla kişilere zarar vermesi durumun-

⁸⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2014/13589, K. 2014/17550, Karar Tarihi: 22.12.2014, <https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2014-13589-k-2014-17550-t-22-12-2014-haksiz-eylem-nedeniyle-manevi-tazminat-istemi/1439237/>, (Erişim Tarihi: 23.03.2020).

⁸⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 2016/482, K. 2016/617, Karar Tarihi: 26.12.2016, <https://legalbank.net/belge/um-hukukb-e-2016-482-k-2016-617-t-26-12-2016-tedavi-i-199-in-gittikleri-220-niversite-hastanesinde-d/2650002/>, (Erişim Tarihi: 23.03.2020).

da, hem söz konusu kamu görevlisinin kişisel kusuru dolayısıyla hem de idarenin, kamu görevlisinin davranışlarından dolayı hizmet kusuru dolayısıyla doğrudan sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Bu noktada hizmet kusuru ile kişisel kusur ayrımının önemi ortaya çıkmaktadır.

Kişisel kusur kavramı idare hukukuna özgü bir kavram olup mahkeme kararlarıyla geliştirilmiş olup mevzuatta tanımlanmış değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere kamu görevlilerinin, görevleri içerisinde ve yaptıkları görevden ayrılabilen kimi kusurlu davranışları kişisel kusur kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.⁸⁹ Hizmet içinde kişisel kusur olarak kabul edilen durumların varlığı idarenin hizmet kusurunu ve sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.⁹⁰ Zira idare kişisel kusuru olan kamu görevlisini kendisi seçmiştir ve personel üzerinde eğitim verme, denetim ve gözetim gibi görevleri vardır. Bu nedenle de kamu personelinin hizmet içindeki kusurlu davranışları idarenin söz konusu görevlerini gereğince yerine getirmediğini gösterir. Bu durumda hizmet kusuru ve kişisel kusur iç içe geçmiştir ve zarara uğrayan kişinin zararın tazminini kimden isteyeceği hususu önemlidir.⁹¹

Fransız idare hukukunda, kamu görevlisinin kişisel kusuru varsa, kamu görevlisinin sorumluluğu ile idarenin sorumluluğu birleşmekte

⁸⁹ Söyler, "Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur", s. 564.

⁹⁰ Sancakdar, Us, Kasapoğlu Turhan, Önüt, Seyhan, s. 760.

⁹¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 695. İdarenin denetim görevini yerine getirmemesinin de hizmet kusuru olduğuna ilişkin, Danıştay, Konya'da çöken Zümrüt apartmanı nedeniyle zarar gören kişilerin zararının tazmini nedeniyle açılan davada "statik projenin uygun olmadığı yapının projenin bazı kısımlarına uygun yapılmadığı, beton ve demir standardına uyulmadığı, sonradan yapılan ilave asma katın ruhsatlandırılmakla birlikte statik projeye işlenmediği ve tüm bu unsurların birlikte çökmeye sebep olduğu anlaşıldığından hatalı projeye onay veren idarenin hizmet kusuru işlediği, fenni mesul delaletiyle de olsa belediyenin hizmet kusurunun bulunduğu, çökmede önemli rol oynadığı saptanan tadilatın statik projeye yansıtılmasından ruhsat verilmesi nedeniyle ağır hizmet kusuru işlendiği diğer taraftan idarenin hem yükümlülüklerini yerine getirmemesi, hem de fenni mesul ve müteahhidin kontrolünü gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle konut hakkı ihlal edildiğinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi gereğince de hizmet kusurunun mevcut olduğu sonucuna ulaşılması nedeniyle maddi tazminat istemlerinin kabulüne, söz konusu hizmet kusurunun basit bir hukuka aykırıktan çok daha ötede olduğuna" karar vermiştir. Danıştay 6. Daire, E. 2005/3310, K. 2006/2160, Karar Tarihi: 21.04.2006, <https://legalbank.net/belge/d-6-d-e-2005-3310-k-2006-2160-t-21-04-2006-danistay-6-daire-karari/654166/%22hizmet+kusuru%22>, (31.03.2020).

ve zarar ister adli yargıda kamu görevlisinden isterse de idari yargıda idareden talep edilebilir. Türk hukukunda ise kamu görevlisinin kişisel kusuru varsa, 1982 Anayasası'nın 129. maddesinin 5. fıkrası gereği kural olarak, zarar gören kişi kamu görevlisine karşı adli yargıda tazminat davası açamaz, idari yargıda tam yargı davası açması gerekir.⁹² Söz konusu durum 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda da düzenlenmiştir. DMK m. 13'e göre, kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili kusurlu davranışları sonucu kişilere verdikleri zararların kamu görevlisi aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açılarak istenmesi söz konusudur.⁹³

Hem Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası, hem de DMK m. 13, kişisel kusur-hizmet kusuru ayrımı yapmamıştır. Anayasa m. 129/5, "kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları...ancak idare aleyhine açılabilir" şeklinde bir düzenleme içermektedir. DMK m. 13'te ise "kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı" bu görevleri yerine getiren personel aleyhine dava açılması yasaklanmıştır.

Bu noktada "görev kusuru" kavramına yer vermek gerekir. Doktrinde görev kusuru olarak adlandırılan kavram, esasen şunu ifade etmektedir: "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 kamu personeline kişiselleşen görünüm biçimi" dir.⁹⁴ Doktrinde ve yargı

⁹² Gözler, s. 1162.

⁹³ DMK m. 13: "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezaî takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır".

⁹⁴ Ozansoy, Tarihsel ve Kuramsal, s. 285'ten aktaran Özay, s. 865. "Davacı, davalı F.. A..'ın başmüfettiş olduğunu, hakkında yürüttüğü soruşturma nedeniyle kendisine ait bilgisayardaki S. adresine girdiğini, arkadaşları ile yaptığı görüşmelere ait bilgileri kayıt altına alarak soruşturma dosyasına eklediğini, davalının eyleminin haberleşme özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğunu ve kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu belirterek eldeki tazminat davasını açmıştır. Davacının bu iddiası, içerikçe davalının kamu görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura dayanmaktadır. Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel

İçtihatlarında yer verilen “salt kişisel kusur” ile “kişisel kusur” kavramlarının anlamları üzerinde fikir birliği mevcut olmayıp bazen iki kavram birbirinin yerine kullanılmakta bu da kavram karmaşasına neden olmaktadır. Buna son vermek için “görev kusuru” kavramı geliştirilmiştir.⁹⁵

kusuruna dayanılmadığına, eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise, dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir. Bu nedenle, yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, davalı F. A. hakkındaki davanın husumet yokluğu nedeni ile reddedilmesi gerektiği gözetilmeyerek işin esasının incelenmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. O halde, Hukuk Genel Kurulu’na da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2014/4-77, K. 2015/1712, Karar Tarihi: 19.06.2015, <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2014-4-77-k-2015-1712-t-19-06-2015-haksiz-eylem-nedeniyle-manevi-tazminat-istemi/1492318/>, (Erişim Tarihi: 23.03.2020). Dolayısıyla Yargıtay’a göre kamu personelinin kusuru şayet görev içindeki bir kişisel kusur değil de görevle bağlantılı olmayan bir kişisel kusur ise “salt kişisel kusur” olarak değerlendirilecek ve artık hizmet kusuru niteliği taşımayacaktır. Benzer karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/4-1533, K. 2015/1099, 27.03.2015, <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2013-4-1533-k-2015-1099-t-27-03-2015-kamu-g-214-revlilerinin-yetkilerini-kullandiklari-kusurla/1491084/>, (Erişim Tarihi:23.03.2020).

⁹⁵ Harun Sağlam, Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Kişisel Kusurlarından Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu ve Kamu Görevlilerine Rücu Edilmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2010, s. 30. Danıştay, tapu siciline ihtiyati tedbir kararını uygulamayan davalı idarece taşınmazı satın alması nedeniyle zarara uğrayan şahsın zararının adli yargıda açılan davada zarara sebebiyet veren müteahhit firmadan tazmin edilmesine karar verildiğinden, idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğu yoluna gidilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar veren idare mahkemesinin kararını bozmuştur. Bunu yaparken görev kusuru kavramını tespit etmiş ve açıklamıştır: “...Ayrıca, kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak yine de resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak yaptıkları eylem ve işledikleri kusurları, idareden ayırlamamaları nedeniyle görevle ilgili olarak işlenen “görev kusuru” niteliğinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır. Böyle bir durumda, zarar gören kişiler, idarenin personeline karşı değil, onları çalıştıran idareye karşı dava açmaları gerekmektedir. Çünkü Anayasa’nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına yer verildikten sonra, 129. maddesinin 5. fıkrasında da 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 açılabilmesi hükmüne bağlanmıştır”. Danıştay 10. Dairesi, E. 2008/643, K. 2010/5353, Karar Tarihi: 14.06.2010, <https://legalbank.net/belge/d-10-d-e-2008-643-k-2010-5353-t-14-06-2010-idarenin-hizmet-kusuru/749959/%22hizmet+kusuru%22>, (Erişim Tarihi: 31.03.2020).

Görev kusuru ya da bir diğer ifadeyle hizmet içinde gelişen kişisel kusurdan doğan sorumluluğun şartlarını ÖZAY şu şekilde tespit etmektedir: İlkın zarara memur veya diğer kamu görevlisinin sebep olmuş olmasıdır. İkincisi, zararın kamu hukukundan doğan yetkinin kullanılmasından ortaya çıkması koşuludur. Bu noktada kamu görevlisinin kamusal görevini “*yerine getirdiği sırada*” değil de, bu görevin yerine getirilmesi “*vesilesiyle*” verdiği zarar artık görev kusuru değil kişisel kusurdur. Üçüncü olarak da kusurlu fiil ve davranışın hizmete/göreve ilişkili olması koşuludur. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre bu konuda katı bir yaklaşım, Anayasa m. 129/5’in amacına uygun düşmeyeceği için hizmetle ya da görevle en küçük bir noktada hafif ve gevşek bir bağın varlığı halinde dahi, görev kusurunun var olduğu kabul edilmelidir.⁹⁶

Hizmet kusuru-kişisel kusur hususunda Yargıtay bir kararında çeşitli tespitler yapmıştır. Karara konu olan olay bakımından yaptığı değerlendirmede özetle “*Somut olay değerlendirildiğinde; davacıların eşi ve annesi olan davacı F. K.’nin davalılardan A. Y.’nin gerçekleştirmiş olduğu sezaryan ameliyatı sırasında gazlı bez unutulması nedeniyle dikkatsizlik ve tedbirsizliğinden dolayı ikinci kez ameliyat edildiğini belirterek ve davalı doktoru hasım göstererek eldeki tazminat davasını açmıştır. Davacıların bu iddiası, içerikçe davalı doktorun **görevi sırasında ve yetkisini kullanırken** işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibarıyla de kamu görevlisinin ihmeline dayanmaktadır. Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise, dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir*” şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Söz konusu olaya ilişkin olarak “*Burada, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurdan bahsetmek kesinlikle mümkün değildir. Kamu görevlisinin buradaki kusuru hizmet kusurunu oluşturur*” tespitini yaptıktan sonra “*salt kişisel kusur/hizmetten ayrılabilen kişisel kusur*”u şöyle tanımlamıştır:

“*Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmetiyle ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatıyla tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur. Konunun iyi anlaşılabilmesi için örnek vermek*

⁹⁶ Özay, ss. 865-866.

gerekirse: Sabahleyin aracıyla kamu hizmetini yapmak için çalıştığı hastaneye gelen doktorun, aracını park ederken kendisinden önce tedavi olmak için hastaneye gelmiş olan bir hastanın aracına çarpıp zarar vermesi halinde bu, doktorun kamu hizmetiyle alakalı olmayan kişisel kusurudur. Aynı doktorun aracını park ettikten, hastanedeki poliklinik odasına girdikten sonra görevi olan sağlık hizmetiyle ilgili yaptığı (teşhis, tedavi ve ameliyat gibi) eylemlerde bir kusur olursa bu kusur hizmet kusurudur".⁹⁷

3. Kamu Görevlisinin Doğrudan Kişisel Sorumluluğu

Kamu görevlisinin idari faaliyetlerin yürütülmesi esnasında kişisel kusurlu davranışı nedeniyle verdiği zarardan, kamu görevlisinin bizzat kendisinin mi yoksa idarenin mi veyahut her ikisinin mi sorumlu tutulması gerektiğine dair tartışmalar mevcuttur. Kamu görevlisinin kişisel kusuru nedeniyle doğan zarardan sadece kendisinin doğrudan sorumlu tutulması halinde, kamu görevlisi tazminat ödeme tehdidi nedeniyle muhtemelen daha dikkatli davranacaktır. Bu durumda, idare de kamu görevlisinin kişisel kusuru nedeniyle tazminat ödemek zorunda kalmayacaktır. Diğer yandan, bu durumda sadece kamu görevlisinin sorumlu tutulması, zarara uğrayan kişilerin ödeme gücü yetersiz kamu görevlileri nedeniyle mağdur olmalarına neden olabilir. Bunun yanında, bu yaklaşım tazminat ödeme ihtimali nedeniyle kamu görevlilerinin kamu hizmetlerini yürütmeleri aksayabilir. Diğer ihtimalde, ortaya çıkan zarardan sadece idarenin sorumlu olması, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken tazminat ödeme ihtimalinden uzak şekilde daha rahat hareket etmelerini sağlayabilir. Ancak bu durumda da, kamu görevlisinin sorumluluğu bulunmaması ve rücu işletilmemesi, kamu görevlisini kamu hizmetlerini yürütürken kişileri zarara uğratmamak için gerekli özen ve dikkati göstermeye-bilirler. Bu iki ihtimalden başka, doğan zarardan hem kamu görevlisinin hem idarenin sorumlu tutulması durumunda, zarar gören kişinin kamu görevlilerinin zararlarını karşılayamamaları halinde idarece karşılanması açısından daha güvencelidir. Fakat bu durumda da idare

⁹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/4-579, K. 2014/155, Karar Tarihi: 26.02.2014, <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2013-4-579-k-2014-155-t-26-02-2014-yanlis-tedavi-nedeniyle-ugranilan-maddi-ve-manevi-zararin/1434930/a++Kamu+Personelinin+Su%c3%a7+Niteli%c4%9findeki+Davran%c4%b1%c5%9flar%c4%b1>, (Erişim Tarihi: 20.03.2020).

ile kamu görevlisinin arasında sorumluluğun paylaşılması bakımından sorunlar ortaya çıkacaktır. Tüm ihtimallerin, kamu görevlisi ve zarar gören kişi bakımından çeşitli farklı sonuçları yanında, görevli yargı yerinin belirlenmesi açısından da etkisi vardır. Burada hangi yolun benimseneceği esasen kanun koyucunun tercihine göre belirlenecektir.⁹⁸

Devlet memurlarının idareye verdikleri zararlarla ilgili olarak, DMK'nın "Kişisel Sorumluluk ve Zarar" başlıklı m. 12 şu şekildedir: "Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmaları için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar.

Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.

Zararların ödettirilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır. Ancak fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, kabul etmesi halinde disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu kararına göre ilgili memurca ödenir".

Bu maddeye göre şu çıkarımlarda bulunulabilir: Bir memurun kasıt, kusur, ihmal ya da tedbirsizliği sonucunda idarenin bir zararı doğarsa memur bu zarar nedeniyle kişisel olarak sorumludur. Memurun sorumluluğu görevini yerine getirirken dikkat ve özenle hareket etmesinden kaynaklandığı için kişisel sorumluluktur. Bunun söz konusu olabilmesi için ayrıca zarara memurun haksız eyleminin neden olması ve zararlar memurun haksız eylemi arasında bir nedensellik bağı bulunması gerekir.⁹⁹ Söz konusu madde ile memurların görevleriyle ilgili olarak idareye verdikleri zararlar nedeniyle Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümleri çerçevesinde bir sorumluluk sistemi getirilmiştir. Dolayısıyla bu madde kapsamında açılacak tazminat davalarında adli yargı mercileri görevlidir.¹⁰⁰

Kamu görevlilerinin kişilere verdikleri zararlardan doğan sorumluluk hakkında 1982 Anayasası'ndaki 40. maddenin 3. fıkrası ile 129.

⁹⁸ Söyler, "Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur", ss. 567- 568.

⁹⁹ Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s.795.

¹⁰⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 696.

maddenin 5. fıkrası önemlidir. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı 40. maddesinin 3. fıkrasına göre "Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devlete tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır". Yine kamu görevlilerinin kişisel kusurları ile verdikleri zararlardan birinci derecede idarenin sorumlu olacağı, Anayasanın 129. maddesinde "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" şeklinde ifade edilmiştir.¹⁰¹ Kanun koyucu kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı sorumlu tutmamıştır. DMK da 13. maddesinde bu durumla paralel bir düzenleme içermektedir: "Kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevlerini yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır".¹⁰²

DMK m.13'ün gerekçesine bakarak maddenin kabul ettiği güvenceler bakımından üç hususa değinilmektedir. Söz konusu maddede memurdan yana bir güvence, idare edilenlerden yana ise iki güvence öngörülmektedir. İdare edilenlerden yana ilk güvence, zarar gören kişilerin davayı idareye açmaları sonucu, ödeme gücü bulunmaması nedeniyle zararının karşılanmama riskinin ortadan kalkmasıdır. İdare edilenler tarafından ikinci güvence, memurun zimmet suçunu işlemesi halinde kişilerin memur hakkında açılacak ceza kovuşturmasının sonucunu beklemeden devletten ödeme alabilmeleridir. Memurlar

¹⁰¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 701.

¹⁰² Söylar, s. 560. Devlet memurlarının idare edilenlere karşı sorumluluğu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun yürürlüğe girişine kadar genel sorumluluk düzeni ilkeleri içinde yürütülmekteydi. Kural olarak, her ne kadar bu bir kanunla düzenlenmemiş olsa da, kamu görevlisi ile idarenin birlikte sorumluluğu söz konusuydu. İdare edilenlerin uğradıkları zararlar nedeniyle memur, mali açıdan idare edilenlere karşı doğrudan sorumlu tutulması "sorumluluk düzeni" olarak adlandırılmaktadır. 19. yüzyıldan beri birçok ülkede kabul edilen bu ilke, kamu gücünü kullanan tüzelkişiliğin de kamu görevlileri ile birlikte zarar görene karşı sorumluluğunu öngörüyordu. Tarihsel olarak, öncelikle söz konusu zararları önce kamu görevlisinin daha sonra da idarenin ödemesi öngörülmüş; daha sonra ise zararların hem kamu görevlisi hem de idare tarafından ortaklaşa karşılanması görüşü söz konusu olmuştur. Bu görüş, "kanuni güvence düzeni (yasal güvence sistemi)" olarak ifade edilir ve memurun sorumluluk düzeninin katılığının yumuşatılması anlamına gelir. Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, ss. 789-790.

açısından güvence ise, görevlerini yerine getirirlerken sürekli olarak bir tazminat korkusu altında kalmamalarıdır. Kanun koyucu, DMK m. 13'te hizmet kusuru-kişisel kusur ayırımına gitmediği hatta kasıtlı davranışları da kapsamına aldığı için kamu hizmeti yerine getiren kamu personelinin tam bir yargı bağışıklığı olduğu söylenebilir.¹⁰³

DMK 13. maddenin, kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ancak ilgili idare aleyhine dava açılabilmesine dair kesin hükme rağmen gerek doktrin gerekse yargı makamları, “*kamu hukukuna tabi görev*” kavramını dar yorumlayarak kamu görevlisinin salt kişisel kusuru nedeniyle verdiği zararlardan memurun şahsen sorumlu olduğunu ve adli yargıda davalı olabileceğini ifade etmişlerdir. Böylece hizmet kusurundan farklı olarak “*bireyselleşebilen*” bir kusur olan ve hizmetle ilgili olarak ortaya çıkan “*görev kusuru*”¹⁰⁴ nedeniyle meydana gelen zararlar nedeniyle kamu görevlisine rücu hakkı saklı kalmak üzere ancak idareye karşı idari yargıda; görev kusuru dışında hizmetle ilgili olmayan, görevlinin şahsi kusurundan kaynaklanan zararlar içinse görevli kişiye karşı adli yargıda dava açılabilmesi kabul edilmiştir. Diğer bir ifade ile personelin hizmetten ayrılabilen ve idareye izafe edilemeyen “*salt kişisel kusurlar*” nedeniyle açılacak davalar DMK m. 13 kapsamında kabul edilmemiş; DMK m. 13 hükmü ise personelin hizmetten ayrılamayan ve idareye izafe edilebilen “*görev kusurları*” ile verdikleri zararlar nedeniyle açılacak davaları kapsar hale gelmiştir.¹⁰⁵

¹⁰³ Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, s.790.

¹⁰⁴ Görev kusuru orta yeterlikte bir personelin yapmayacağı veya yapmaması gereken eylemlerdir. Bunun dışındakiler salt kişisel kusur olarak değerlendirilmektedir Özay, s. 863.

¹⁰⁵ Akyılmaz/Sezginer/Kaya'ya göre Anayasa m. 40/3 ve m. 129/5 ile DMK m. 13 arasında anlam ve kapsam farklılıkları mevcuttur. Buna göre, kanun koyucu reformist bir düzenleme olarak yaptığı DMK m. 13'ten beklediği neticeyi alamamıştır. Kanun koyucu, kamu hukukuna tabi görevlilerle ilgili olarak kamu görevlisinin üçüncü şahıslara vereceği zararlar sebebiyle, personel aleyhine değil, idare aleyhine dava açılabilmesini düzenlerken, tamamen klasik hizmet kusuru-kişisel kusur ayırımından farklı bir çözüm benimsediğini kanunun gerekçesinde belirtmişti. Ancak doktrin ve yargı kararları farklı şekilde gelişti; önce maddenin kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunu kaldırmadığı kabul edilerek bir “görev kusuru” kavramı ortaya atıldı. Sonra maddenin uygulama alanının personelin görev kusuru ile verdiği zararlar olduğu ileri sürülerek “hizmet kusuru-kişisel kusur” ayrımı yerine, “hizmet kusuru-görev kusuru-kişisel kusur” ayrımı yapılmaya başlandı. Rücu ile ilgili hüküm de kanun koyucunun hedeflediğinden farklı gelişim

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kamu personelinin ortaya çıkan zarara sebep veren kusuru bir görev kusuru da olabilir, salt kişisel kusur da. Buna göre eğer *salt kişisel kusur* varsa dava, kamu personeli aleyhine adli yargı yerlerinde açılacak; *hizmet kusuru* halinde tamamen idare sorumlu olacak, *görev kusurunda* ise idare sorumlu olmakla birlikte kusuru oranında kamu personeline rücu edebilecektir. Bu nedenle salt kişisel kusurun diğerlerinden ayırıcı özelliklerinin ortaya konması önem arz etmektedir. Salt kişisel kusurdan doğan sorumluluğa adli yargı yerlerinin bakması gerektiği uygulama ve öğretide kabul edilmiş bir ilkedir. Ancak salt kişisel kusurun belirlenmesi noktasında öğretide bir fikir birliği mevcut değildir.¹⁰⁶

Anayasa Mahkemesi 1975 tarihli bir kararında “*kişisel eylem*” kavramını tanımlamış ve sonuçlarını ortaya koymuştur: “*Kamu görevlilerinin, açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hataları; kötü niyet ve amaçla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için bilerek yani kasden yapılan işlem ve eylemlerle, başışlanmayacak ölçüde*

gösterdi. İdarenin takdirine bırakılan rücu, bu konuda takdir yetkisini kullanacak olan kişinin genelde kusurlu personelin kendisi olmasından da kaynaklı olarak, işletilemedi. Rüccunun ağır ihmal ve kast ile sınırlandırılması şeklindeki kanun koyucu tavsiyesi de yargı mercilerince kabul görmedi ve sonunda DMK m. 13 daha dar kapsamlı bir uygulama alanı buldu. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, ss. 700-701.

¹⁰⁶ Özay, ss. 866-868. Suç niteliğinde davranışın hizmet içinde kabul edilemeyeceği ve dolayısıyla salt kişisel kusur olması nedeniyle davanın adli yargıya tabi olduğuna dair Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2003/1503, K. 2003/6208, Karar Tarihi: 12.05.2003, <https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2003-1503-k-2003-6208-t-12-05-2003-memurun-kisisel-kusuru/821551/ki%c5%9fisel+kusur>, (31.03.2020). Salt kişisel kusurun sadece kin, hınc, düşmanlık ve benzeri duyguların etkisindeki eylemler bakımından değil, mahkeme kararının uygulanması bakımından da söz konusu olacağına dair Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1986/498, K. 1987/77, Karar Tarihi: 06.02.1987, <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-1986-498-k-1987-77-t-06-02-1987-kisisel-kusur-teskil-eden-eylemler/111465/ki%c5%9fisel+kusur>, (31.03.2020). “Davacı, kendisine karşı cinsel saldırıda bulunulduğunu ileri sürerek manevi tazminat isteminde bulunduğundan davacının istemini dayandırdığı bu maddi olgulardan, davalı doktorun göreviyle ilgili bir eylemine değil, salt kişisel kusuruna dayanıldığı anlaşılmalıdır. Anayasanın 129/5. maddesi gereğince memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararlara ilişkin davaların idare aleyhine dava açılabilmesinin, eylemin hizmet kusurundan kaynaklanmış olması koşuluna bağlı bulunmasına; dava dilekçesinde sıralanan maddi olguların davanın salt kişisel kusuruna dayanıldığını göstermesi karşısında davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekir”. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/4-1575, K. 2015/1102, Karar Tarihi: 27.03.2015, <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2013-4-1575-k-2015-1102-t-27-03-2015-kamu-gorevlisinin-yetkilerini-kullanirken-kusuru-sonucu/1491085/ki%c5%9fisel+kusur>, (Erişim Tarihi:01.04.2020)

ağır kusur oluşturan açık biçimde hukuka aykırı eylem ve işlemlerden oluşur...Kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık ve kesin olarak belirlenmemiş bulunan görev ve yetki alanını aşar ya da yönetimin işlev alanının dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemi ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır..."¹⁰⁷

4. İdarenin Kamu Personeline Rücu

Anayasa'nın 40. maddesinin 3. fıkrası ve 129. maddesinin 5. fıkrası ile DMK m. 13'e göre idare kamu görevlisinin kişisel kusuruyla verdiği zarardan dolayı tazminatı zarar görene ödedikten sonra kamu görevlisine karşı rücu edebilir. Ancak olayda tamamen hizmet kusuru varsa ve kamu görevlisinin kişisel kusuru mevcut değilse, idare kamu görevlisine rücu edemez.¹⁰⁸

Rücu davalarının amacı idarenin zarar görene ödediği tazminatın tamamının zarara neden olan kamu görevlisinden tahsil etmek olmayıp kamu görevlisinin kusuru oranında bir bedelin geri alınmasıdır. İdarenin rücu davası çerçevesinde sorumlu personelden talep edileceği miktar hiçbir şekilde idarenin zarar görene ödediği tazminattan daha fazlası olamaz.¹⁰⁹

İdarenin kusurlu kamu görevlisine rücu edebilmesi için zararın kusura dayalı bir idari işlem veya eylem nedeniyle ortaya çıkması gerekir. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk hallerinde idare, kamu görevlisinin kusurunu öne süremeyeceği için kamu görevlisine rücu da edemez.¹¹⁰

Doktrindeki bir görüşe göre, rücu hakkını kullanma hususunda idare serbest bırakılmamıştır. Danıştay da bir kararında idarenin zarar görene ödediği tazminat nedeniyle sorumlu kamu görevlisine rücu etmemesi durumunda zararın tüm topluma yüklenmiş olacağını, bu nedenle herkesin rücu etmeyen idareye başvurarak kamu görevlisi hak-

¹⁰⁷ Özay, s. 867. Anayasa Mahkemesi, E. 1974/42, K. 1975/62, Karar Tarihi: 25.03.1975, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1975/62?KararNo=1975%2F62>, (Erişim Tarihi: 09.10.2020).

¹⁰⁸ Gözler, s. 1182.

¹⁰⁹ Furkan Medar, "Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusur Bağlamında İdarenin Kusurlu Sorumluluğu", *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:11, Ocak 2015, s. 28.

¹¹⁰ Medar, s. 28.

kında rücu davası açılmasını isteyebileceğini ifade etmiştir. Danıştay'a göre idare yine rücu için somut adım atmazsa, bu durumda herkesin idareye dava açma hakkı vardır.¹¹¹

DMK m. 13'te yer alan "...Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır." hükmü, rücu davalarına uygulanacak hukuk kuralları bakımından bir belirsizlik söz taşısa da doktrindeki genel görüş "*genel hükümler*" kavramının özel hukuktaki genel hükümler olduğu yönündedir.¹¹²

Bizim de katıldığımız görüşe göre, kusurun niteliğinin tespitinin kesin ölçütlere bağlanması ve personele rücunun zorunlu kılınmasıdır. Rücu davalarındaki görev sorununun bakımından hâlihazırda iki aşamalı olarak, ilk aşamada idari yargıyı, ikinci aşamada adli yargıyı görevli tutan sistem usul ekonomisi bakımından oldukça verimsizdir. Bu sisteme yargı yerlerinin görev konusundaki tutarsız kararları da eklenince süreç kamu personeli ve zarara uğratanlar bakımından oldukça karmaşık ve verimsiz bir hale dönüşmektedir.¹¹³

Sonuç

İdarenin idare hukukundan kaynaklı sorumluluğu, kusurlu sorumluluk-kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır. İdarenin kusurlu sorumluluğu, idarenin hukuka aykırı bir eylem veya işlemiyle yol açtığı zararı tazmin etmesi yükümlülüğüdür. İdare hukukunda asıl olan ise kusur sorumluluğudur. Dolayısıyla idarenin sorumluluğu bakımından önce kusurun olup olmadığına bakılır.

Kusurun kanunlarımızda tanımı mevcut değildir. İdarenin sorumluluğunu gerektiren kusur, özel hukuktakinden oldukça farklı ve objektif bir özellik gösterir. İdare hukukuna göre, idarenin kusurundan bahsedebilmek için "*hizmet kusuru*"nun mevcut olması ve ortaya çıkan zararın da bundan kaynaklanmış olması gerekir.

Genel olarak Fransız Danıştay'ının içtihatları ile şekillenen hizmet kusuru özel hukuktaki kusur anlayışından oldukça farklı olarak kast,

¹¹¹ Danıştay 5. Daire, E. 2007/7369, K. 2008/3234, Karar Tarihi: 03.06.2008, Medar, s. 29.

¹¹² Medar, s. 28.

¹¹³ Çağdaş Artantaş, "*Türk Hukukunda Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu*", Hacettepe HFD, 7(1) 2017, ss. 393-394.

ihmal, dikkatsizlik vs. ögelerini barındırmamaktadır. Bu kusur bakımından kamu personelinin kusurlu olup olmadığına değil, “hizmetin” kendisinin kusurlu olup olmadığına bakılır. Klasik doktrine göre idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleminde meydana gelen bozukluk ya da aksaklığı ifade eder. Öte yandan modern doktrinde hizmet kusuru kavramı daha genel anlamda kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde eksiklik olarak tanımlanmaktadır.

Türk hukukunda kamu görevlilerinin hizmet kusuru teşkil eden eylem ve işlemlerinden kişisel sorumlulukları yoktur. Bu nedenle hizmet kusurundan dolayı ortaya çıkan zarar için kamu görevlisine karşı özel hukuk hükümlerine dayanılarak adli yargıda tazminat davası açılmaz. Hizmet kusurunun varlığı halinde idareye karşı idari yargıda tam yargı davası açılması gerekir. Dahası kamu görevlisinin kişisel kusuru tespit edilebiliyorsa dahi husumet doğrudan ona yöneltilemez.

Ancak hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımının iki açıdan önemi bulunmaktadır. İlkin, tazminat ödemeye mahkûm edilen idare, ödediği tazminat için kişisel kusuru oranında memura rücu edebilecektir. İkincisi de kişisel kusurun niteliğine göre, zararın tazmini için başvurulacak yargı düzeni belirlenir. Zira doktrin ve yargı kararlarına göre kişisel kusurun hizmetten ayrılabilir nitelikte olduğu durumlarda artık hizmet kusurundan söz edilemez ve doğrudan adli yargıda kamu personeli aleyhine dava açılabilir.

Hizmet kusuru, görev kusuru (hizmet ile bağlantılı kişisel kusur) ve kişisel kusur (salt kişisel kusur) ayrımı, genel olarak aşağıdaki tabloda görüldüğü şekilde özetlenebilir:

Hizmet Kusuru-Görev Kusuru-Kişisel Kusur Karşılaştırması

Kusur Türü	Tanımı	Örnekleri	Sonucu
Hizmet kusuru	Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde eksiklik olarak tanımlanır. Kamu hizmetlerinin geç işlemesi, kötü işlemesi ya da hiç işlememesi olarak da ifade edilmektedir.	Dere yatağının değiştirilmesi nedeniyle taşkın meydana gelmesi sonucu taşınmaz ve tarlaların zarar görmesi, Hastaya ait bilgi ve belgelerin kaybedilmesi sonucu tedavisinin aksaması, Hasta olmayan hayvanların laboratuvar testlerinin bozuk olması sonucu telef edilmesi ile köylülerin zararının doğması	Sadece idareye karşı idari yargıda dava açılabilir.

Kusur Türü	Tanımı	Örnekleri	Sonucu
Görev Kusuru	Kamu görevlilerinin, kamu hizmeti görürken görevleri kapsamında gerçekleştirdikleri ve hizmetten ayrılmayan kusurlardır.	Doktorun yanlış teşhis uygulaması sonucu hastanın rahatsızlığının artması, TCDD makinistinin hatası sonucu yolcunun hayatını kaybetmesi, Öğretmenin öğrencisini kopya çektiği için dövmesi	Sadece idareye karşı idari yargıda dava açılabilir. Ancak idare, ödediği tazminatı kusuru bulunan kamu personeline, kusuru oranında rücu eder.
Kişisel Kusur	Kamu görevlilerinin görevleri dışında ve resmi sıfatlarından ayrılmış bulunan kusurlu tutum ve davranışları kişisel kusurlardır. Kişisel kusur olarak kastedilen durumlar özel hukuktaki haksız fiile denk düşer.	Bir memurun görev esnasında bir kişiyi kişisel husumet nedeniyle bıçaklaması, kamu görevlisinin özel aracı ile işe giderken kaza yaparak üçüncü kişilere zarar vermesi	Sadece kusurlu kamu görevlisine karşı adli yargıda tazminat davası açılabilir.

Belirtmek gerekir ki, hizmet kusuru-görev kusuru-kişisel kusur ayrımının önemli sonuçları mevcuttur. Yukarıda örnekleri verilmeye çalışıldıysa da, bu örneklerin çeşitli yargı mercilerince ve doktrindeki çeşitli yazarlar tarafından farklı şekillerde değerlendirildiği söylenebilir. Bu üç kusur türü arasında, belirli ölçütler üzerinden net bir şekilde ayırım yapılması hukuk güvenliği, hukuk devleti ilkesi, adalet ve eşitlik ilkesi açısından son derece önem taşımaktadır. Doktrin ve yargı kararlarında özellikle kamu personelinin kusurlu davranışlarına ilişkin olarak, görev kusuru-kişisel kusur ayrımı bakımından farklı değerlendirmeler yapıldığı ve çelişen kararlar verildiği gözlemlenmektedir. Bu belirsizliğin giderilmesi adına, kanun koyucunun Anayasa ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri çerçevesinde, ayrımın netleştirilmesine yönelik düzenleme yapması elzemdir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akıylmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Atar Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara,
- Ceylan Mahmut, İdari Yargıya Hâkim Olan İlkeler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Giritli İsmet, Bilgen Pertev, Akgüner Tayfun, Berk Kahraman, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Der Kitabevi, İstanbul, 2011.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, Güncellenmiş 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.

- Günday Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013.
- Kalabalık Halil, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, Sakarya, 2008.
- Koca Mahmut, Üzülmüş İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Cilt, 3. Bası, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966.
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, 2. Baskıdan Tıpkı 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Sancakdar Oğuz, Us Eser, Kasapoğlu Turhan Mine, Önüt Lale Burcu, Seyhan Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Yıldırım Turan, Yasin Melikşah, Kaman Nur, Özdemir Eyüp, Üstün Gül, Tekinsoy Okay, İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskıdan Tıpkı Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Makaleler

- Artantaş Çağdaş, “Türk Hukukunda Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, *Hacettepe HFD*, 7(1) 2017, ss. 365-396.
- Bozdağ Ahmet, “İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay’ın Uygulaması”, *Türk İdare Dergisi*, Sayı: 468, Eylül 2010, ss. 33-48.
- Cin Karagöz, Emine, “İdarenin Sorumluluğunda Karine Kavramı, Uygulama Alanı ve Yargısal Denetimi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 148, Aralık 2018, ss. 46-55.
- De Lamothe A.L. Dutheillet, “İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler”, Çev. Süheyp Derbil, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Sa. 1- 4, 1960, ss. 113-120.
- Kuru Murat, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Doğan Sorumluluğu”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:4, Sayı:1, Nisan 2019, ss. 119-144.
- Medar Furkan, “Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusur Bağlamında İdarenin Kusurlu Sorumluluğu”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:11, Ocak 2015, ss. 9-31.
- Söyler Yasin, “Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, Y. 2010, Sa. 2, ss. 555-592.
- Şaşmaz Aysema Pelin, “İdarenin Sorumluluğu Ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış”, *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2 (2), 2016, 211-235.

Tezler

- Aydın Muhammed Ali, İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.
- Kamiloğlu Elif, İdarenin Sorumluluğunda Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayrımı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.

Sağlam Harun, Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Kişisel Kusurlarından Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu ve Kamu Görevlilerine Rücu Edilmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2010.

Kararlar

- İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2015/1172 K. 2017/3252, Karar Tarihi: 26.10.2017.
Danıştay 15. Dairesi, E. 2014/744, K. 2018/197, Karar Tarihi: 18.1.2018.
Danıştay 15. Dairesi, E. 2017/3903, K. 2019/511, Karar Tarihi: 12.2.2019.
Danıştay 10. Dairesi, E. 2007/2965, K. 2008/4831, Karar Tarihi: 25.06.2008.
Danıştay 8. Dairesi, E. 1990/981, K. 1990/812, Karar Tarihi: 28.06.1990.
Danıştay 15. Dairesi, E. 2013/8184, K. 2018/3299, Karar Tarihi: 03.04.2018.
Danıştay 15. Dairesi, E. 2013/4048, K. 2014/5742, Karar Tarihi: 26.06.2014.
Danıştay 8. Dairesi, E. 2004/596, K. 2004/3110, Karar Tarihi: 29.06.2004.
Danıştay 10. Dairesi, E. 1997/3568, K. 1999/4782, Karar Tarihi: 12.10.1999.
Danıştay 6. Dairesi, E. 2008/10985, K. 2010/9594,bKarar Tarihi: 19.10.2010.
Danıştay 15. Dairesi, E. 2016/8532, K. 2017/3145, Karar Tarihi: 30.5.2017.
Danıştay 10. Daire, E. 1995/1806, K. 1996/5983, Karar Tarihi: 15.10.1996.
Danıştay 6. Daire, E. 2005/3310, K. 2006/2160, Karar Tarihi: 21.04.2006.
Danıştay 10. Dairesi, E. 2008/643, K. 2010/5353, Karar Tarihi: 14.06.2010.
Anayasa Mahkemesi, E. 2012/22, K. 2012/133, Karar Tarihi: 11.12.2012.
Anayasa Mahkemesi, E. 1974/42, K. 1975/62, Karar Tarihi: 25.03.1975.
Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 2016/482, K. 2016/617, Karar Tarihi: 26.12.2016.
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2016/2321, K. 2016/8103, Karar Tarihi: 20.06.2016.
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2014/13589, K. 2014/17550, Karar Tarihi: 22.12.2014.
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2014/4-77, K. 2015/1712, Karar Tarihi: 19.06.2015.
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/4-579, K. 2014/155, Karar Tarihi: 26.02.2014.
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2003/1503, K. 2003/6208, Karar Tarihi: 12.05.2003.
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1986/498, K. 1987/77, Karar Tarihi: 06.02.1987.
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/4-1575, K. 2015/1102, Karar Tarihi: 27.03.2015.

İnternet Kaynakları

- www.lexpera.com.tr
www.kazanci.com
www.legalbank.net