

İdare Hukukunda Manevi Tazminatın Yaptırım Fonksiyonu

Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY¹

Özet

Danıştay'ın yakın zamana kadar verdiği kararlarda, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde “*zenginleşmeye neden olmama*”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında ise “*felaketin özenir hale getirilmemesi*” gibi mağdura, daha doğrusu mağdurun maddi durumuna ilişkin değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir. Bu mahkemelerin izledikleri mantığa göre manevi tazminat, malvarlığında meydana gelen bir azalmanın tazmini olmayıp manevi bir tatmin aracı olduğuna göre, mağdurun sosyal ve ekonomik durumu hangi miktarda bir tazminat ile tatmin olacağı konusunda belirleyici olmalıydı. Yeni tarihli kararlarında ise Danıştay, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde, sorumlunun kusurunun belirleyici olduğu bir anlayışa geçmiştir.

Mali sorumluluğun birincil fonksiyonu elbette ki mağdurun zararının tazmin edilmesidir; ancak zarar gören ya da tazminata mahkum edilen açısından bakıldığında mali sorumluluğun da yaptırım olarak algılanması mümkündür. Yeni tarihli Danıştay kararlarında da manevi tazminatta “cezalandırıcı bir miktar” arayışı belirginleşmiştir ki bu, idarenin sorumluluğunun yaptırım fonksiyonunun açıkça kabul edildiği şeklinde yorumlanabilir.

Anahtar Kelimeler: idarenin sorumluluğu, manevi tazminat, yaptırım fonksiyonu, cezalandırıcı miktar, kusurun tespiti

GİRİŞ

İdarenin sorumluluğunun kabulü hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biridir. Bu ilkenin “hazine teorisi”nden farkı, idarenin hatalı davranışı nedeniyle yaptırıma uğradığının kabulünde bulunur. Hukuk devleti ilkesi, idarenin sorumluluğunun yaptırım fonksiyonunun varlığının kabulünü gerektirir.

İdarenin kusurlu sorumluluğuna hükmedildiğinde, idare, söz konusu kusurun bir daha gerçekleştirilmesini sağlamak için uyarılmış/ikaz edilmiş olur ve bu şekilde mağdurun, idarenin, kusurlu davranışlarının sonuçlarına katlanması yönündeki talebi karşılanmış olur. İdarenin kusursuz sorumluluğunda ise sorumluluğa hükmedilmekle birlikte idarenin kusurunun bulunmadığı da tespit edildiğinden, kusursuz sorumluluğun yaptırım fonksiyonunun bulunmadığı söylenebilir.

¹ Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: didemsevgili@yahoo.com

Yaptırım fonksiyonunun varlığı bakımından maddi ve manevi tazminat ayrımı da yapılmalıdır: maddi tazminat kişinin uğramış olduğu malvarlığına ilişkin zararı karşılamayı hedef edinirken, manevi tazminat manevi tatmine yöneliktir ve mağdurun birçok zaman talebi, idarenin kusurlu davranışının kabul edilmesidir.

Tazminat miktarının yüksekliğinin kusurun ağırlığı ile doğru orantılı olduğu, bu bakımdan yüksek tazminat miktarının aynı zamanda cezalandırma fonksiyonunu da belirginleştirdiği savunulabilir; ancak bazen de tam tersi, yani sembolik miktarda tazminat talepleri söz konusu olabilmektedir. 1 lira tazminat isteyen mağdurun asıl talebi, şüphesiz, idarenin kusurlu davranışının tespit edilmesidir. Bu gibi durumlarda mağdur, idarenin, “yanlış” olduğunu düşündüğü bir hareketinden dolayı, hatalı/kusurlu olduğunun tespit edilmesini istemektedir ve bu nedenle sadece sembolik bir tazminat talebinde bulunmaktadır.

Son olarak belirlenmesi gereken, idarenin sorumluluğunun üstlenilmiş bir sorumluluk olmayıp, asli bir sorumluluk olduğu; zararın doğmasına neden olan kamu görevlisinin belirlenebilir olduğu durumlarda dahi, idarenin o kamu görevlisine ilgili görevi vermekle ve onu denetlememekle asli sorumluluğunun da devam ettiği. Bu nedenle kamu görevlisine rücu, ilgili kamu görevlisinin sorumluluğunu

üstlenmesi için gereklidir ancak idarenin sorumluluğunun ortadan kalkmadığı unutulmamalı ve rücu ancak kusur oranında mümkün olmalıdır.

Bu çalışmada idarenin manevi tazminata mahkum edilmesinin yaptırım niteliği şu plan dahilinde incelenecektir:

- I. Yaptırım Fonksiyonunun Varlık Problemi
 - A. Hukuk Devleti İlkesi - Hazine Teorisi Farkı: Yaptırım Olarak Sorumluluk
 - B. Yaptırım İşlevinin Görünümü: İdarenin Uyarılması
 1. Manevi Tazminat: İdarenin Uyarılması Talebi
 2. Kusurun Tespitinin Uyarı Niteliği
- II. Yaptırım Fonksiyonunun İşletilmesi Problemi
 - A. Tazminat Miktarı - Yaptırımın Ağırlığı İlişkisi
 - B. Yaptırımın Yöneldiği Özne: Rücu Problemi
 1. Asli Sorumluluk / Üstlenilmiş Sorumluluk
 2. Rücu Miktarı / Sorumlulukların Oranı

I. Yaptırım Fonksiyonunun Varlık Problemi

Hukuk Sözlüğü’nde yaptırım, “*hukuk kurallarının uygulanmasını sağlamak ve zorlamak için yasalara konulan hükümler*” olarak tanımlanmakta ve müeyyide çeşitlerinin, ceza, zorla yaptırım, tazminat, geçersizlik ve iptal

biçiminde ortaya çıktığı belirtilmektedir.² O halde “*sorumluluk, hangi türden olursa olsun, normlara uyulmamasının bir yaptırımıdır*”³ ve yaptırım, bazı durumlarda, “*hukuka aykırı hareket eden kimseyi, bu eylemden zarar gören tarafa tazminat vermeye yani para ödemeye zorlama biçiminde*”⁴ görünmektedir. Kısaca, zararın tazmini, hukukta yaptırım türlerinden biri, idarenin sorumluluğu özelinde ise, idareyi herhangi hukuk dışı davranışta bulunmaktan alıkoymak bir yaptırım yöntemiştir.

Her ne kadar, Gözler, idare hukukunda sorumluluğun “müeyyidelerici” değil, “tazmin edici” olduğunu; idari sorumluluğun amacının idareyi cezalandırmak olmayıp, ortaya çıkan zararı gidermek olduğunu iddia etmekte ve bu şekilde yaptırım fonksiyonunu tamamen reddetmekteyse de⁵, idarenin sorumluluğunun eğitici/caydırıcı bir etkisi bulunmaktadır. Hatta sorumluluğun mali olmasının “*bu sorumluluğun, idare ile mağdurlar arasında yaşanan sorunların parasal karşılığının daha geniş kesimler tarafından, özellikle maliye, sonra adalet ve içişleri bakanlığı gibi, öğrenilmesine yol aç(ması)*” nedeniyle eğitici etkisinin önemini artırdığı dahi iddia edilmektedir.⁶

İdarenin sorumluluğunun yaptırım fonksiyonunun kabulü öncelikle hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu fonksiyonun özellikle manevi tazminatta belirginleştiği ve ayrıca, kusursuz sorumlulukta değil, ancak kusurlu sorumluluğa hükmedilen durumlarda söz konusu olduğu görülmektedir.

A. Hukuk Devleti İlkesi - Hazine Teorisi Farkı: Yaptırım Olarak Sorumluluk

İdarenin sorumluluğunun gelişim aşamaları hukuk devletinin gelişim aşamaları ile paraleldir. İdarenin mali sorumluluğu, hukuk devletinin şartlarından biri olarak kabul edilmektedir. En kısa şekliyle devletin hukukla bağlılığını ifade eden hukuk devleti, günümüze kadar bazı aşamalardan geçerek gelmiştir. “*The king can do no wrong*” anlayışından hukuk devletine gelirken geçilen *hazine teorisi* konumuz bakımından önem taşımaktadır. Hazine teorisinde, devletin hukuka aykırı işlem ve eylemleri nedeniyle zarara uğrayan kişilerin özel hukuk hükümleri uyarınca hazine aleyhine dava açıp tazminat alabilmeleri mümkün olmuş, bireylere mali bir güvence sağlanmıştır. Bu teoride devletin ikiye bölünmüş olması eleştirilmekte olsa da zamanın şartlarında, özellikle bireylerin en azından

2 Ejder YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1996, s. 580.

3 Ramazan ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2016, s. 595.

4 Necip BİLGE, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitabevi, 1996, s. 19.

5 Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku- Cilt II*, Ekin Yayınevi, 3. Baskı, 2019, s. 1323.

6 Hasan Nuri YAŞAR, “İdarenin sorumluluğu üzerine düşünceler”, *İÜHFİM*, C. LXVI, S. 1, 2008, s. 207.

maddi zararlarının karşılanmasını sağlamış olduğu vurgulanmaktadır.⁷

İdarenin sorumluluğunun yaptırım fonksiyonunu reddederek bunu sadece bir tazmin aracı olarak görmek hazine teorisine geri dönüş olarak değerlendirilebilir. İdarenin faaliyeti nedeniyle bireylerin maddi bir zarara uğramaları durumunda idarenin verdiği zararı karşılama gerekliliği hukuk devletinin şartlarından biri olarak kabul ediliyorsa, bu gerekliliğin hazine teorisinden farkı da ortaya konmalıdır. Bu fark sadece hazine teorisinde devletin iki tüzel kişiliğe bölünmüş olmasında herhalde bulunmamaktadır. Bu fark, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olup olmadıklarının mahkemeler önünde tartışılabilir olmasında olsa gerektir. Yani önemli olan bireylerin maddi zararlarının karşılanması değil, bu zararlar karşılanırken idarenin işlem ve eylemleri ile hizmet kusuru işlediklerinin tespit edilmesidir. Elbette iptal davası ile işlemlerin iptal edilebilir olması yani idarenin hukukla bağlı olduğunun kabulü çok önemlidir. Ancak konumuz özelinde, hukuk devletinin şartlarından biri olarak idarenin mali sorumluluğunun da hazine teisiyle ulaşılan tazminattan farkı bulunduğu kabul edilmelidir.

Özellikle manevi zarar söz konusu olduğunda bu zararın hesabında idare-

nin kusurunun ağırlığını tespit edecek ve idare bakımından caydırıcı olacak bir miktarın tespiti hukuk devletinde idarenin sorumluluğunun gerçek anlamına hizmet edecektir. Aksi takdirde tazminatlar, idarenin kusurlu davranışlarının bir ücreti haline gelecek ve etik boyutu görünmez olacaktır.

Oysa, Sait GÜRAN demektedir ki: “*tazminat davaları, idare hukukunun temel hedefi olan hukuk devleti ilkesi bakımından da idari faaliyetlerin hukuka uygunluğunun denetiminde, idarenin hukuk kuralları içinde kalmasını sağlayan, vazgeçilmez, etkin bir denetim aracı ve önemli bir yaptırımdır.*”⁸

B. Yaptırım İşlevinin Görünümü: İdarenin Uyarılması

Maddi tazminattan farklı olarak manevi tazminatta, kişinin malvarlığında meydana gelmiş bir zararın tazmini söz konusu olmayıp, kişinin adalet duygusunun tatmini önem kazanır. İdarenin kusurunun tespit edilmesi ise, ilgili davranışı bir daha yapmaması konusunda uyarılması olarak algılanmalıdır.

1. Manevi Tazminat: İdarenin Uyarılması Talebi

İdarenin sorumluluğu söz konusu olduğunda, aşağıda üstünde durulacağı üzere, “kusur”un tespiti öncelikle

7 Tahsin Bekir BALTA, *İdare Hukuku I Genel Konular*, AÜSBF yayımları, Ankara 1970, s. 88; Metin GÜN-DAY, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 39; Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku Dersleri*, 20. Baskı, Bursa 2018, s. 63.

8 Sait GÜRAN, “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1980, s. 152.

önem kazanmaktadır. Ayrıca maddi ve manevi tazminat arasında da yaptırım fonksiyonu bakımından fark yaratılabilir. Maddi tazminatta asıl ve yegane amacın, teknik olarak hesaplanması gereken, somut olarak kişinin mal varlığında meydana gelen bir zararın tazmini olduğu iddia edilebilirse de manevi tazminat için durum farklılık göstermektedir. Manevi tazminatta idarenin sorumluluğunun yaptırım fonksiyonunun öncelenmesi gerektiği iddia edilebilir.

Manevi tazminat, maddi tazminattan farklı olarak, sadece uğranılan bir zararın karşılanması olarak görülmez. Maddi tazminattaki “zararın tazmini” çok daha somut bir problemken, manevi tazminatta uğranılan zarar “kişinin haysiyetine, vücut tamlığına veya yakınlarına yapılan saldırılar nedeniyle duyduğu bedensel ve ruhsal acı ve üzüntüler”⁹ olarak tanımlanmakta ve bu şekilde soyut olması nedeniyle de ölçülmesi, parasal bir değer olarak hesap edilmesi zorluk arz etmektedir.¹⁰ Burada tatmin edilmesi gereken kişinin adalet duygusu olmaktadır.

Nihayetinde bir bireysel başvuru kararına konu olan şu olay, manevi tazminatın önemini ve bu tazminatın yaptırım fonksiyonunu göstermektedir:

Osman KONUKTAR, mahalle beğçisi olarak görev yapmaktayken, valilik oluru ile gündüz ve 12-24 çalışma esasına göre polisevi kalorifer dairesinde kalorifer ateşleyicisi olarak görevlendirilmiş, görevlendirilmesinden 3 ay sonra polisevi jeneratör kayışına elini kaptırmış ve sol baş parmağını kaybetmiştir. Uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini talebi ile İdare mahkemesine başvurmuş, 45.000 tl maddi, 5000 tl manevi tazminat talep etmiştir. Mahkemece: “...*Olayda, davacı Osman Konuktar'ın başparmağının kopması nedeniyle %20 oranında fonksiyon kaybının olduğuna ilişkin Atatürk Üniversitesi Süleyman Demirel Tıp Merkezi Yakutiye ve Aziziye Araştırma Hastanesinden alınan raporla kesinlik kazanması üzerine, maddi tazminatın belirlenmesi için re'sen seçilen bilirkişi tarafından yapılan hesaplamalar sonucu düzenlenen raporda davacının gerçek ve kabul edilebilir zararının 33.366,20 TL olarak saptandığı görülmektedir. Söz konusu rapor taraflara tebliğ edilmiş olup, davalı idareler tarafından yapılan itiraz hususları bilirkişi raporunu kusurlandıracak niteликte görülmemiştir.*

Manevi tazminat talebine gelince; davalı idarenin %100 hizmet kusuru sonucunda başparmağını kaybeden

9 GÜNDAY, 2011, s. 383.

10 Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY, Danıştay 10. Dairesinin 09.07.2013 Tarih ve E. 2012/9046, K.2013/5913 Sayılı Kararı “Sorumluluk - Manevi Tazminat - Yaptırım Fonksiyonu”, 5. *İdare Hukuku Buluşması “Danıştay Karar İncelemeleri”*, 4-6 Mayıs 2018 Büyükdada/İstanbul, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 242-243.

davacıya duyduğu elem ve ızdırabın giderilmesi için 2.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesi kanaatine varılmıştır.”

Temyiz üzerine Danıştay 10. Dairesi manevi tazminat yönünden kararı onarken, maddi tazminat yönünden şu gerekçe ile kararı bozmuştur: *“İdare hukuku ilkelerine göre maddi zarar; idari işlem veya eylem nedeniyle kişinin mal varlığının aktifinde meydana gelen azalma nedeniyle uğranılan zarar ile elde edilmesi kesin olan gelirden yoksun kalma sonucu uğranılan zarar olup; bedensel nitelikteki maddi zarar ise, kişinin sağlığına kavuşmak için yaptığı tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalması ya da yok olması nedeniyle elde edeceği gelirden meydana gelen azalmayı ifade eder.*

Dava dosyasının incelenmesinden; Çarşı ve Mahalle bekçisi olan davacının, yeterli eleman bulunmadığı gerekçesiyle Valilik oluru ile Polisevi kalorifer dairesinde görev yapmakta iken çalışmakta olan jeneratör kayışına sol elini kaptırması ve başparmağının kopması nedeniyle sağlık kurulu raporunda çalışma gücü kaybı oranının %20 olarak belirtildiği; davalı idarenin temyiz dilekçesinden, olaydan sonra davacının aynı yerde, aynı görev unvanıyla çalışmaya devam ettiği, maaş ve özlük haklarında herhangi bir değişiklik olmadığı anlaşılmaktadır.

Olayda, davacının kaza sonrasında da aynı görevi sürdürmesi, aylık ücret-

tinde her hangi bir eksiklik olmaması, aynı görevi yürütmeye devam ederken daha fazla efor sarf ettiğini ileri sürmemesi ve davacıya, idarece sağlık kurulu raporu ile belirlenen sakatlık durumuna uygun görev verilebileceği de dikkate alındığında, meslekte kazanma gücü kaybı oranına göre hesaplanan efor (iş gücü) tazminatının ödenmesi yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.”

Bozma ilamına uyan ilk derece mahkemesi Osman KONUKTAR'ın maddi tazminat talebini reddetmiştir. Bu karar Danıştay tarafından onanmış ve davacı, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi ise, Anayasanın 17nci maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiği sonucuna varmış, yeniden yargılama yapılmak üzere kararın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

Bu karar incelendiğinde manevi tazminatın önemi görülmektedir. Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre davacının aynı işi sürdürürken daha fazla efor sarf ettiği yönünde bir iddiasının bulunmaması nedeniyle efor kaybı tazminatına hükmedilemediği, aynı işe devam etmesi, aynı maaşı almaya devam etmesi nedeniyle parasal bir zararı bulunmadığının tespit edildiği görülmektedir. Ancak bu karar “rahatsız edici”dir, hakkaniyete aykırı bir karar olduğu görülmektedir ki, Anaya-

sa mahkemesi, “*Mahkeme tarafından ulaşılan sonucun başvuruçunun fiziksel bütünlüğünü korumak bakımından etkisiz kaldığı*” sonucuna varmıştır.

Bu olayda kişinin uğramış olduğu manevi zararın üstünde daha çok durulması gerekmektedir. Kişi bir uzuv kaybı yaşamış ve bu kaybın sebebi %100 kusuru ile idarenin yapmaması gereken bir görevlendirmeyi gerçekleştirmiş olmasıdır. İdarenin kusurunun derecesini gösterir şekilde kişi lehine ciddi bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekliliği açıktır. Kişinin sadece 5000 tl manevi tazminat talep etmiş olması maalesef ülkemizde manevi tazminatın iyi işlemediğini göstermektedir. Oysa bu olayda rahatsız edici sorun şudur: maddi zararın bulunmadığı bir durumda idarenin “yanlış”, “kınanmayı hakeden”, “düzeltmesi, bir daha yapmaması gereken” herhangi bir fiili, kusurlu işlem ya da eylemi de bulunmamakta mıdır?

Bu sorunun cevabı elbette hayır olmalı ve idarenin sorumluluğuna hükmedilmelidir. Ayrıca, Danıştay’ın artık yerleşik içtihadına göre: “*takdir edilecek manevi tazminat miktarının, olayın ağırlığını ortaya koyacak, hukuka aykırılığı özendirmececek, bir başka ifade ile benzeri olayların bir daha yaşanmaması için caydırıcı ve aynı*

zamanda cezalandırıcı bir miktarda olması gerekmektedir”.¹¹

2. Kusurun Tespitinin Uyarı Niteliği

İdare aleyhine açılmış olan bir tam yargı davasında, idarenin kusurunun tespit edilmesinin yaptırım olarak algılandığı ileri sürülebilir.¹² İdarenin hizmet kusurunun tespit edilmesiyle idare, hizmetin işleyişindeki, görülüşündeki, düzenlenişindeki aksaklıkları düzeltmesi konusunda uyarılmış olmaktadır. Şöyle ki;

Lütfi Duran, hizmet kusurunu şu şekilde açıklamaktadır: “... *idare örgüt ve faaliyetleri, ta baştan iyi düşünülüp planlanmadığı, teşkil ve tanzim edilmediği veya gereği gibi ya da hiç yürütülmediği için, objektif olarak, yani belirli standart ve ölçülere göre yanlış, eksik, yetersiz ve kötü sayıldığından kusurludur*”.¹³ Kemal Gözler ise, Chapus’dan alıntı yaparak hizmet kusurunu kısaca “*mevcut bir ödevin yerine getirilmesindeki eksiklik*” olarak tanımlamaktadır.¹⁴ “*Açıkça, demektedir yazar, gerektiği gibi davranılmadığı zaman kusurlu olunur*”. O halde, kusurun tespiti, idarenin mevcut ödevini gerektiği gibi yerine getirmediğinin tespitidir. Kusuru tespit edilen idare, bu karar gereğince mevcut ödevini gerektiği gibi yerine getirmek için ge-

11 D.10.D. E.2012/9046, K.2013/5913; D.10.D. E.2013/8240, K.2015/5389; D.15.D. E.2015/4539, K.2016/810; D.10.D E.2015/4254, K. 2016/1847; D.10.D E.2019/97, K. 2016/2054; D.15.D. E.2016/399, K.2016/4145; D.15.D. E.2014/7673, K.2016/6517.

12 Bkz. SEVGİLİ GENÇAY, 2019, ss. 241-251.

13 Lütfi DURAN, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s. 26.

14 GÖZLER, 2019, Cilt II, s. 1087.

rekli tedbirleri almalı, yani “kendisine çeki düzen vermelidir”.

Atay’ın belirttiği üzere, “Kusur kavramı cezalandırmaya ilişkin bir düşüncenin ürünüdür. Bir hatayı işleyen, kusurlu davranışta bulunan kim olursa olsun, bu hatadan kaynaklanan zararları tazmin etmelidir. Bu anlamda cezai ve disiplinler nitelikli bir cezaya eklenen medeni bir ceza söz konusudur”.¹⁵

Bu anlamda zararın tespiti sadece idare bakımından değil, aşağıda inceleneceği üzere kamu görevlisi bakımından ve hatta zarar görenin bizzat kendisi bakımından yaptırım niteliğindedir. Zira, zarar görenin kusurunun tespiti de bir nevi zarar görenin kusurlu davranışı nedeniyle yaptırıma uğramasıdır.

Örneğin, Danıştay 10. Dairesinin 13/3/2018 tarihli ve E.2016/12593, K.2018/1049 sayılı kararında: «...*Van ili, Edremit ilçesi, Çiçekli Mahallesi’nden geçmekte olan ve davalı idarelerin sorumluluğunda bulunduğu ileri sürülen sulama kanalına düşmesi sonucu boğularak hayatını kaybetmesi nedeniyle uğranıldığı iddia edilen zararın tazmini için [açılan davada] ... davacılar yakınının hayatını kaybetmesine neden olan sulama kanalının*

davalı Edremit Belediyesi mücavir alan sınırları içerisinde ve meskun mahalde olduğu, yerleşim yerlerinin yakınından geçtiği anlaşılmaktadır. Bu durumda sulama kanalının bakım ve işletilmesinden sorumlu olan davalı idarelerin sözü edilen Kanun hükümleri uyarınca üçüncü şahısların zarar görmemesi için kanal etrafında zararı önleyici ve zarardan koruyucu tedbirleri almaması nedeniyle hizmet kusuruna sebebiyet verdikleri açıktır. Bununla beraber olay tarihinde henüz 8 yaşında olan müteveffanın bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen davacı annenin de olayda müterafik kusuru olduğu tartışmasızdır...” denilmek suretiyle, davacı annenin de kusuru tespit edilmekte ve anne bu kusuru nedeniyle bir nevi yaptırıma uğramaktadır.¹⁶

O halde, idareye de ait olsa, zarar görenin kendisine de ait olsa, kusurun tespiti kişinin ya da idarenin beklendiği ya da olması gerektiği gibi davranmadığının tespiti anlamına gelmekte ve bu anlamda bir yaptırıma işaret etmektedir. Buna karşılık kusursuz sorumluluk, “objektif bir sorumluluk hali olarak idarenin kınanmasına, ayıplanmasına yol açmaz”.¹⁷ Bu nedenle kusursuz sorumluluk idarenin lehine bir sorumluluk hali olarak kabul edilmektedir.

15 Ethem ATAY, Hasan ODABAŞI, *İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 59.

16 Zarar görenin kusuru ile ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. Jérôme TRAVARD, *La Victime et La Puissance Publique, Reflexions Sur L'évolution De La Responsabilité Administrative Extracontractuelle*, Doktora Tezi, Jean Moulin- Lyon 3 Üniversitesi, 2008, s. 464-466.

17 GÖZLER, 2019, cilt II, s. 1190.

Gerçekten de kusursuz sorumlulukta, idarenin herhangi bir kusurunun bulunmadığı tespit edilmekte ancak yine de, risk ilkesi ya da fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince, zarara uğrayan kişilerin zararının karşılanması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Zararın ortaya çıkmasına yol açan risk yine idare tarafından oluşturulmuş ya da hukuka uygun olsa dahi, belli kişilerin zarara uğramasına neden olan bir faaliyette bulunmuş olması durumunda, idarenin “kusursuz” olduğu öncelikle tespit edilmekte, yani kınamayı gerektirir bir faaliyet içinde olmadığı belirlenmekte ve fakat zararın hakkaniyet ilkesi çerçevesinde yine idarece karşılanmasına hükmedilmektedir.

Chapus, kusursuz sorumluluğun ikincil olmasıyla ilgili olarak, idarenin öncelikle kusurundan dolayı sorumluluğuna gidilmesinin çok normal olduğunu çünkü kusurlu hareketinin sonuçlarından sorumlu olmaktan daha doğal bir şey bulunmadığını;¹⁸ Kusursuz sorumluluğun, idare için avantajlı bir sorumluluk şekli olduğunu çünkü herhangi bir kınama ya da ayıplama içermediğini;¹⁹ en basit adalet hissinin kusursuz sorumluluğa ancak belli hipotezlerde gidilmesini gerektirdiğini, aksi durumda bedelini ödemek kaydıyla her şeyin mübah olduğunun düşünülebileceğini söylemektedir.²⁰

O halde diyebiliriz ki; idarenin kusursuz sorumluluğunun ikincil olması da, kusursuz sorumluluğun herhangi bir yaptırım fonksiyonunun bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan sosyal risk ilkesi kişilerin algılarıyla oynayan bir ilkedir ve idareyi tamamen aklamaya yaramaktadır. Bu ilke çerçevesinde, idarenin en temel görevlerinden birinin kişilerin güvenliğini sağlamak olduğu ve bu görevini yerine getiremediği gerçeği gözardı edilerek, zarar ile idari eylem arasında illiyet bağı bulunmadığı iddiası ile idare hem kusurundan sıyrılmış olmaktadır, hem de ve üstelik yüce gönüllü bir şekilde kişilerin zararını karşıladığı mesajı da verilmektedir.

II. Yaptırım Fonksiyonunun İşletilmesi Problemi

İdarede belli bir etüğün yerleşmesini sağlayacak elemanlardan biri kusursuz sorumluluğun yaptırım fonksiyonunun işletilmesidir. Hizmet kusuru nedeniyle zarar gören mağdura ödenen tazminatı, “*devlet hazinesinden ödenen bir miktar para*” olarak görmek elbette idarenin sorumluluğunun yaptırım fonksiyonunu göz ardı etmek, hatta bu fonksiyonu yok etmek anlamına gelmektedir.

İdarenin sorumluluğunun yaptırım fonksiyonu, sorumluluğun asli mi yoksa yüklenilmiş bir sorumluluk

18 René CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Cilt 1, 15. Baskı, Montchrestien, Paris 2001, s. 1293.

19 CHAPUS, 2001, s. 1335.

20 CHAPUS, 2001, s. 1336.

mu olduğu konusuyla yakından ilgilidir. İdarenin sorumluluğu asli bir sorumluluktur. Anonim hizmet kusuru durumunda asli olma niteliği açıkça görülebileceği gibi, kusurlu kamu görevlisinin tespit edilebildiği birçok durumda da kamu görevlisinin görev kusuru yanında hizmet kusuru da aynı zamanda bulunmaktadır. Bu duruma Fransız hukukunda kusurların ve sorumlulukların birleşmesi denilmekte iken bizim hukukumuzda bu konu üstünde pek durulmamaktadır. Kusurların birleşmesi halinde aşağıda inceleneceği üzere rücu davaları önem taşımaktadır. Ancak öncelikle mahkemece belirlenecek tazminat miktarının sorumluluğun yaptırım fonksiyonu ile ilişkisi belirlenmelidir.

A. Tazminat Miktarı - Yaptırımın Ağırılığı İlişkisi

Tam yargı davasında tazminat miktarı değişik nedenlerle tartışılmış önemli bir konudur. Yakın zamanda ıslah imkanının tanınması bir rahatlatma sağlamış olsa da genel olarak ülkemizde idari yargıda hükmedilen tazminat miktarlarının düşüklüğü sorunu bulunmaktadır. Bu sorunun nedenleri olarak “toplumun gelir düzeyinin düşüklüğü ve yargı yerlerinin ‘hak ihlali’ konusundaki dar yorumları ve çekingen tutumları”²¹ gösterilmektedir ve bu nedenle tam yargı davalarının “cay-

dırma, zarar göreni tatmin ve hukuka uygunluğun sağlanması gibi fonksiyonlarını tam olarak yerine getirememekte”²² olduğu belirtilmektedir.

Gerçi, mağdurun “tatmin olması”-nı sağlayanın ödenen tazminat miktarının kendisi için büyüklüğü olmayıp, bu ödemenin ya da mahkumiyetin idare ve birey tarafından algılanış şekli olduğu iddia edilebilir. Bu nedenle 1 liralık tazminat talepli davalara rastlanmaktadır.²³ Ayrıca bir kişi için 5000 tl önemli bir miktarken, başka bir kişi için 50 000 tl bile anlam ifade etmeyebilir ancak bu durum mağdurun ekonomik durumuna göre tazminat miktarının hesaplanması gereği olarak da anlaşılmalıdır.

Tazminat miktarları ile ilgili olarak Turan YILDIRIM şu açıklamayı yapmaktadır: “İdari yargı kararlarının uygulanma sorunu, mevcut düzenleme içinde, manevi tazminat davalarında, ilgililerin uğradığı haksızlığı giderecek, idareye ceza anlamına gelecek miktarlara hükmedilmesiyle çözümlenebilir. AİHM kararlarının devleti ‘kendine çekidüzen vermeye’ yönelttiği düşünülürse, aynı tutumun Danıştay ve idare mahkemeleri tarafından da benimsenmesi, idare açısından caydırıcı olabilir. Manevi tazminat miktarlarının yüksek tutulması, davacıların haklarının ihlal edilmediği iptal dav-

21 Bahtiyar AKYILMAZ, Murat SEZGİNER, Cemil KAYA, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 516.

22 AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, 2019, s. 516.

23 Bkz. SEVGİLİ GENÇAY, 2019, age.

calarında daha önem kazanmaktadır. Örneğin, bir tabiat varlığıyla ilgili işlemin iptali kararının uygulanmaması durumunda davacı, sadece manevi tazminat talep edebilecektir. Bu tazminatın düşük olması, kararın uygulanmasını sağlamaz.”²⁴

Aynı şekilde, düşük bir miktar tazminatın, idarenin başka alanlardaki kusurunu düzeltmesini de sağlamayacağı açıktır. O halde, altı çizilmesi gereken husus idarenin kusurunun yoğunluğudur. İdarenin söz konusu kusuru tekrarlamaması, hizmet kusurunu ortadan kaldıracak şekilde organizasyon ve planlama sorunlarını ortadan kaldırması için “motive edici” miktarlarda tazminatlara hükmedilmesi amaca uygun olacak, sorumluluğun yaptırım fonksiyonunun işlemlerini sağlayacaktır.

B. Yaptırımın Yöneldiği Özne: Rücü Problemi

İdarenin sorumluluğunun yaptırım fonksiyonunun işlemesi için öncelikle idarenin asli sorumluluğunun bulunduğu hatırlanmalıdır. Ancak bu gerçek, kamu görevlisinin bireyselleşmiş kusuru nedeniyle sorumluluk almayaacağı anlamına gelmemektedir.

1- Asli Sorumluluk /Üstlenilmiş Sorumluluk

İdarenin sorumluluğunun yaptırım fonksiyonundan bahsederken ilk karşılaşılan itirazlardan biri, nihayetinde kusurun bir kamu görevlisi tarafından işlendiğidir.²⁵

Bu itirazın haklılık payı mutlaka bulunmaktadır ve buna cevap verebilmek için hizmet kusuru-kişisel kusur ayırımına bakmak gerekmektedir. Örgütlenme bakımından sorunsuz bir şekilde işlemesi gereken bir hizmet varken belli bir kamu görevlisinin tamamen kişisel kusuru nedeniyle zarar doğmuşsa, kusurun tamamen kamu görevlisine ait olduğu teorik olarak söylenebilir. Ancak çoğu zaman kamu görevlisinin kişisel kusuru ile hizmet kusuru birleşmektedir. Hizmet kusuru belli bir kamu görevlisine atfedilemeyen, hizmetin kuruluş ve işleyişindeki aksaklıktır. Her ne kadar kamu görevlisinin tespit edilebilir kişisel kusuru bulunsa da, hizmetin işleyişindeki aksaklık bu kusuruna imkan verdiği sürece hizmet kusuru da bulunmaktadır.

Bu konuda Lûtfi Duran şu açıklamayı yapmaktadır: “...çoğunlukla bu beşeri kusurları işleyen personeli belirlemek mümkün olmadığı gibi, belirlenebildiği hallerde, kusurlarını kişiselleştirmek çoğu kez doğru ve yerinde

24 Turan YILDIRIM, Melikşah YASİN, Nur KAMAN, H. Eyüp ÖZDEMİR, Gül ÜSTÜN, Özge OKAY TEKİNSOY, *İdare Hukuku*, Onikilevha Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2018, s. 814.

25 GÖZLER, 2019, cilt II, s. 1085: “...kusur denen şey, “hizmet” tarafından değil, bu hizmette kullanılan kişiler tarafından işlenebilir. Bu nedenle, “hizmet kusuru” diye birşey olamaz. Hizmetin ifasında kamu görevlilerinin işlediği kusurlar vardır. Bu kamu görevlilerinin belirli olup olmaması önemli değildir...”

görülemez. Gerçekten, idare içindeki beşeri kusurlar, zaman, yer ve personel itibariyle çok yaygın ve kaynaşmış bir görünüm taşır ve esas itibariyle kamu hizmeti ve yararı adına ve amacıyla işlendiği için, personelin kişiliğine bağlanamaz, ya da bağlanmamak gerekir. Bu bakımdan idari sorumluluğa sebep olan aykırılıklar anonim sayılır yani belli personele mal edilemez veya edilemez.”²⁶

Görev kusuru kavramının tanımını yapan Ozansoy’a göre de: “Görev kusuru; somut olarak kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından kaynaklanan bir davranışı içerse de, aslında idarenin ‘kendi davranışı’ sayılması gereken ve dolayısıyla idarenin ‘kendi sorumluluğunu’ doğuran, hukuka ve göreve aykırılığı, ‘göreve ve idareye’ ilişkin sayılmasını engellemeyen kusurun, somut personelde kişiselleşen görünüm biçimidir.”²⁷

Kişilere dokunulmadığı, yani kusurlu davranışı ile hizmet kusurunun ortaya çıkmasına neden olan kamu görevlisi zararın sonuçlarına katlanmadığı sürece yaptırım etkisi olamayacağı yönündeki düşünce tamamen yanlış olmasa da eksiktir. Nasıl ki ceza hukukunda cezaların o suçu işlememiş kişiler üzerinde caydırıcı etkisi varsa,

idarenin sorumluluğuna hükmedilmesinin de, kamu görevlileri, idareciler ve hatta siyasilere üzerinde caydırıcı etkisi olacaktır. Kaldı ki, “uygulamada, sorumluluk yaratan işlemlerin sahibi, neredeyse her zaman kurum hiyerarşik amirleri ya da yönetim kurullarıdır. Bu kişilerin dönüp kendilerine kendilerinin alacağı kararlarla rücu etmesini beklemek teorik olarak mümkündür fakat acaba uygulamada mümkün müdür?”²⁸ Bunun yerine, idarenin kusurunun tespit edildiği kararlarda idare üzerinde kamuoyu baskısı yaratmak daha gerçekçi olacaktır.

Bu nedenle yaptırım fonksiyonunun sağlanması için sorumlu kamu görevlisine rücu edilmesi bir gerekliliktir ama yeterli değildir. Çünkü sorumlu olan sadece kamu görevlisi değil, o kamu görevlisini seçen, o kadroda tutan, denetlemeyen ve kusuru işlemesine imkan veren idaredir. Üstelik denilebilir ki, kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişinde aksaklık bulunmazsa, kamu görevlisi de, kişisel kin ve düşmanlıkla hareket etmediği sürece, bireysel kusuru ile zarara sebebiyet veremeyecektir.

Ayrıca, “kusur hizmetten ayrılmış olabilir ama hizmet kusurdan ayrılmamıştır” diyen hükümet komiserini

26 DURAN, 1974, s. 26.

27 Cüneyt OZANSOY, *Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989, s. 285.

28 Sait GÜRAN, “İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.12, S.1, 1979, s. 61. (ss. 55-62)

hatırlamakta fayda bulunmaktadır.²⁹ Kamu görevlisinin kusuru kişisel nitelik gösterebilir ancak hizmetle bağı tamamen kopmadan hizmet kusurunun yokluğundan söz edilemez. Aksinin kabulü, idarenin hiç de hak etmediği şekilde aklanmasına yol açacaktır.

Fransa'dan Papon davası bu yönde güzel bir örnek oluşturmaktadır.³⁰ Papon, 1942-1944 yılları arasında Gironde Valiliğinde genel sekreter olarak görev yapmıştır. Bu görevi sırasında Yahudi bireylerin yakalanması ve son durak Auschwitz olmak üzere kamplarda toplanmaları amacıyla Temmuz, Ağustos ve Ekim 1942'de ve Ocak 1944'te konvoylar oluşturulmasındaki çalışmaları nedeniyle 1998'de insanlığa karşı işlenen suça iştiraktan hapis cezasına çarptırılmış, ayrıca yine 1998 yılında bu konvoylara bindirilen Yahudilerin ailelerine tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. Papon, bu tazminatla ilgili olarak Fransız devleti aleyhine rücu davası açmıştır. 13 Temmuz 1983 tarihli bir kanun hükmüne göre, kamu ajanı aleyhine adli yargıda tazminata hükmedilmesi durumunda, eğer söz konusu zarara sebebiyet veren kusur hizmetle bağlantısız değilse, bağlı olduğu kamu tüzel kişisinin ajan aleyhine hükmedilmiş olan tazminat miktarına katılması gerekmektedir.³¹

Yani,

1- Eğer kusur hizmet kusuru ise tüzel kişinin tüm zararı karşılaması,

2- Eğer kusur hizmetten ayrılabilir bir kusur ise zararın ajanın üstünde kalması,

3- Eğer hizmet kusuru ile kişisel kusur birleşmişse, kamu tüzel kişisinin hizmet kusuruna isnad edilebilecek miktarı karşılaması yani idari yargı hakiminin ajan ile kamu tüzel kişisi arasında hükmedilen tazminatı taksim etmesi gerekmektedir.

Söz konusu olayda M. Papon, aktif bir şekilde Yahudi bireylerin toplanması faaliyetine iştirak etmiştir. Her ne kadar Papon emirleri yerine getirdiğini iddia etse de öncelikle kendisi “Yahudi sorunları servisi”nde çalışmayı kabul etmiştir, ki bu görev genel sekreterin görevi içinde bulunmamaktadır. Ayrıca konvoyların maksimum hızda ve etkinlikte yola çıkabilmesi için operasyonları bizzat ve büyük titizlikle organize etmiş ve 4 konvoyun olabilecek en yüksek yolcu kapasitesine ulaşması için yoğun kişisel çaba harcamıştır. Öyle ki, ilk konvoyda aileleri gönderildiği için Fransız ailelerin yanlarına yerleştirilmiş olan çocukların da sonraki konvoylarla gönderilmesini özellikle takip etmiştir. Bu nedenlerle Conseil d'Etat, Papon'un

29 Léon BLUM, 26 Temmuz 1918 tarihli Mme Lemonnier kararı raporunda bu ünlü cümlesini kurmuştur: “*la faute se détache peut-être du service, mais le service ne se détache pas de la faute*”, D., 1918.3.9; RDP, 1919, s. 41; Sirey, 1918-1919.3.41.

30 CE, 12 Nisan 2002, Papon, GAJA n°117.

31 Memurların hak ve sorumluluklarına dair kanun. n°83-634, madde 11.

kişisel kusurunun varlığını kuşkusuz görmektedir.

Ne var ki kusur hizmet dahilinde işlenmiştir. Gerçekten de söz konusu zamanlar Vichy yönetiminin başta olduğu ve Nazilerle işbirliği yaptığı dönemdir. Bu nedenle Papon'un devlete yönelttiği rücu davası Fransız devletinin bu tarihsel sorumluluğu kabul etmesi anlamında önem taşımaktadır. Kaldı ki Conseil d'Etat, 1940'ta valiliklerde bir Yahudi Sorunları Servisinin kurulmuş olması, Yahudi asıllı yabancıların listelerinin tutulması ve polis eliyle Yahudilerin göz altına alınarak toplanması gibi faaliyetlerin tamamen işgalci kuvvetlerin emriyle gerçekleştiğinin iddia edilemeyeceğini belirtmektedir. Fransız Devleti eliyle bu faaliyet kolaylaştırılmıştır.

Bu nedenle Conseil d'Etat, adli yargıda Papon aleyhine hükmedilen tazminatın yarısının devlet tarafından ödenmesine karar vermiştir. Böylece Vichy yönetiminin faaliyetlerinden de Fransız devletinin sorumlu olduğunun altı çizilmiş ve Yahudi bireylere karşı olan sorumlulukları kabul edilmiş olmaktadır.

Ülkemizdeki rücu mekanizması ve sorumluluk anlayışına göre böyle bir davada muhtemelen Papon, ceza yargılaması sonucu suçlu bulunacaktır (mı acaba?) ki Fransa'da da ceza yargılaması sonucu suçlu bulunmuştur; sonrasında açılan tam yargı davasında idarenin sorumluluğuna gidilse bile tam tazminat üzerinden kendisine rücu

edilecek ve rücu davası da adli yargıda görüldüğü için hizmet kusuru değerlendirilmesi yapılmayacak, yapılsa da Fransız Danıştayının değerlendirmelerinin gayet uzağında kalacak ve nihayet bütün "suç" / "sorumluluk" Papon'un üstünde kalacak ve bu şekilde idare aklanacaktır.

Ülkemizde de hizmet kusuru ile kişisel kusurun içiçe geçtiği çok farklı örneklerle karşılaşmaktadır. Danıştay 15. Dairesinin 22.04.2016 tarih ve E.2013/4111, K.2016/2803 sayılı kararına konu olay çok kısaca şu şekilde gelişmiştir: Devlet hastanesinde çalışan bir doktor, hukuken yasak ve hatta suç teşkil etmesine ve hiçbir tıbbi endikasyon bulunmamasına rağmen 24 haftalık gebeliği sonlandırmak için yıllık izinde olduğu bir zamanda ve fakat çalıştığı hastanede bir operasyon yapmış, bu operasyon neticesinde fetüs ve anne hayatlarını kaybetmişlerdir.

Bu olayda açıkça doktorun kişisel kusuru olduğu görülmektedir. Bir doktor olarak gebeliğin en geç 10. haftasında kürtaj yapılabileceğini, bu süre geçtikten sonra ancak ve sadece ciddi tıbbi endikasyon halinde gebeliğin sonlandırılabilceğini şüphesiz bilmektedir. Tüm bunlara rağmen ve yıllık izinde olduğu bir sırada herhangi bir hastane kaydı alınmadan ve başhekimliğe haber verilmeden söz konusu operasyonu gerçekleştirmiş ve fetüs ve annenin ölümüne sebep olmuştur. Bu nedenlerle hakkında ceza yargılaması da yapılmış ve mahkum edilmiştir.

Ancak, konumuz özelinde unutulmaması gereken husus, bu operasyonun devlet hastanesinde yapılmış olmasıdır. Her ne kadar başhekimliğin haberdar edilmediği, hasta kaydının yapılmadığı idarenin sorumlu olmadığı yönünde savunma argümanları sunulmuş ise de, bu savunma açıkça şu anlama gelmektedir: söz konusu hastanedeki işleyiş, kayıt yapılmadan, yetkili kimseye haber verilmeden operasyon yapılmasını mümkün kılmaktadır. Yani, hizmetin organizasyonunda açıkça kusur vardır ve Blum'un veciz ifadesine atıfla, kusur hizmetten ayrılmış ve kişisel bir nitelik kazanmış olsa da hizmet kusurdan ayrılmamıştır.

Bu nedenle, bu olayda, Papon davası örneğindeki gibi, idarenin kusurunun da tespit edilmesi ve bu organizasyon kusurunun ortadan kaldırılması için idareye gerekli uyarının yapılması gerekmektedir. Ancak 15. Daire,³² hizmet kusurunun bulunmadığına karar vererek, bir devlet hastanesinde, hasta kaydı yapılmadan ve yetkili herhangi bir kişiye başvurulmadan operasyon yapılabileceği mesajını vermiştir ve idare bu şekilde aklanmıştır.

2- Rücu Miktarı / Sorumlulukların Oranı

Türkiye'de rücu davaları, Fransa'dan farklı olarak, adli yargıda görülmektedir. Bu durum bir takım so-

runlara yol açmaktadır. Şöyle ki, adli yargı, hizmet kusurunun da belirlenmesini yapmak durumunda kalmaktadır. Doktrinde bu uygulama, kamu görevlilerine yöneltilen rücu davalarının, idarenin ödediği tazminat miktarının tamamı için açılması, adli yargı yerlerinin de ayrıca oran belirlemeden haksız fiil hükümlerine göre idarenin ödediği tazminat miktarının tamamı üzerinden karar vermesi nedeniyle eleştirilmektedir.³³ Denilmektedir ki, *“bu hatalı uygulama, idarenin sorumluluğunu asaleten sorumluluktan çıkararak; dolaylı (üstlenilen) sorumluluk haline getirmektedir”*.³⁴

Hizmet kusurunun göz ardı edilmemesinin yanında sorumlu kamu görevlisinin saptanabildiği durumlarda bu kamu görevlisine rücu edilmesi elbette idare içinde etiğin oluşturulması bakımından önemlidir. Bu kamu görevlisinin de kendi kusurunun sonuçlarına katlanması gerekmektedir. Aksi takdirde aynı kusurlu davranışı devam ettirebilir. Kamu görevlisine rücu mekanizmasının işletilmemesi durumunda bu yönde bir “cezasızlık” ortaya çıkmış olacaktır. Kamu görevlisi, kendisine rücu edilmeyeceği inancı ve güveniyle hareket etmeye başlayacak yani idare mahkemesinin vermiş olduğu mahkumiyet kararına rağmen aynı hukuka aykırı işlem ya da eylemi devam ettirebilecektir. Sonuçta hak

32 Karar ve eleştirisi için bkz. Dilşat YILMAZ, “Danıştay 15. Dairesinin 22.04.2016 Tarih ve Esas No: 2013 – 4111 Karar No: 2016 - 2803 Karar İncelemesi”, 5. *İdare hukuku buluşması “Danıştay Karar İncelemeleri”* 4-6 Mayıs 2018 Büyükdada/İstanbul, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, ss. 43-58.

33 AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, 2019, s. 486.

34 AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, 2019, s. 486.

ihlalleri devam edecek, tazminatların devlet bütçesinden ödeniyor olması ile de bu ihlaller tüm toplum tarafından finanse edilmiş olacaktır.

Ancak burada önemli olan bir husus daha bulunmaktadır. Rücu, idarenin ödediği tazminatın tamamını kapsamamalı, kamu görevlisinin kusuru oranıyla sınırlı olmalıdır. Aksi takdirde kamu görevlisine rücu da idarenin kendi asli sorumluluğundan bir kaçış, bir aklanma aracı haline gelecektir.³⁵

Bu nedenle rücuya ilişkin Yargıtay kararlarını incelemekte fayda bulunmaktadır. Yargıtay'ın rücu davalarına genel bakışı şu şekildedir: “Rücu davasında sorumlular arasında teselsül hükümleri değil kusur oranında sorumluluk geçerlidir. Davalıların kusurları ayrı ayrı belirlenip varsa kusur oranlarına göre sorumluluklarına hükmedilmesi gerekir.”³⁶

Yargıtay'ın, ilgililerin “oluşan zarara katkısı ve tarafların kusur oranlarının belirlenmesi”³⁷ yoluyla tazminat miktarını ilgililer arasında, ki konumuz özelinde kamu görevlileri ve idare arasında, bölüştürdüğü görülmektedir. Kusur oranları veya bu kusur ile zarar arasındaki illiyet bağının nasıl belirleneceği konusunda ise Yargıtay “...mahkemece, dava dışı hastaya tüm tedavi süresince uygulanan tıbbi işlem ve müdahalelerin du-

ruma uygunluğunun denetlenmesi ve çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir olgu olduğuna göre, dosyanın üniversitenin ilgili bölümünün bilirkişi heyetine tevdi ile tarafların kusur oranlarını belirlemek üzere rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir...”³⁸ kanısındadır. O halde idare ve kamu görevlileri arasında tazminat miktarının nihai olarak bölüştürülmesi bilirkişi raporu ile kusurları oranında belirlenecektir.

Bir başka kararında Yargıtay, hastanenin doktora karşı açtığı rücu davasında şu sonuca varmıştır: “Kusur kapsam belirlemede etkin ise de hakkaniyet de onunla birlikte değerlendirilmesi gereken önemli öğelerdendir. / Davacı idarenin ödediği miktarı ancak kusuru oranında davalıya rücu edebileceği hususunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak davalı (doktor) 'un uyguladığı davaya konu tıbbi müdahale ve tedavinin mahiyeti, çalışma koşulları, iş yoğunluğu ve diğer hususlar birlikte değerlendirildiğinde; talep edilen zararın bir bölümüne davacı idarenin katlanması gerektiği kabul edilmelidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 51 ve 52. (BK 43-44) maddeleri uyarınca, talep edilen tazminattan uygun bir miktar hakkaniyet indirimi yapılmalıdır.”³⁹ Bu karar idare hukuku bakımından tatmin edici değildir. Çünkü, anlaşıldığı kadarıyla, çalışma koşulları ve iş

35 AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, 2019, s. 454.

36 Y. 4. H. D., 09/05/2019 tarih ve E. 2019/293, K.2019/2724.

37 Y. 4.H.D., 09/05/2019 tarih ve E. 2019/293, K.2019/2724.

38 Y. 4. H. D., 15/01/2019 tarih ve E. 2018/1051, K.2019/80.

39 Y.4. H.D., 29/01/2019 tarih ve E.2018/2951, K.2019/376.

yoğunluğu gibi hizmet kusuruna işaret eden hususlar “*hakkaniyet indirimi*”ne indirgenmiştir.

Bir başka kararında ise, bilirkişi raporu esas alınmış ve idarenin 6/8 kusurlu olduğu, davalı kamu görevlisi doktorların ise kendi aralarında kusur oranlarının belirlenmesinin mümkün olmaması karşısında, kendilerine düşen toplam kusur 2/8 olmak üzere hesaplanacak olan tazminattan davalı doktorların çalışma koşulları ve diğer hususlar da gözetilerek uygun bir miktarda hakkaniyet indirimi yapılarak tazminata karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁴⁰

Yine bir başka kararında da Yargıtay hizmet kusurunu tespit etmiş ve bu nedenle tam rücu kabul etmemiştir: “*Davacı (idare), ormanda ağaç kesim işi yaparken ağaç devrilmesi sonucu hayatını kaybeden Y. B..’ın mirasçıları tarafından açılan davalar sonucu öde- miş olduğu tazminatların olayda kusuru bulunan davalılardan (kamu görev- lileri) rücuen tahsilini talep etmiştir. (...)Mahkemece (ilk derece mahke- mesi); kesim işini şartnamede belir- tilen şekilde yapmayan kooperatifin kusurlu bulunduğu, buna göre; kesim işini yetersizliği açık olan kooperatife ihale eden ve kendi çalışanlarını yapı- lan işin tehlikelerinden korunma nok- tasında yeterince eğitmeyen davacı idarenin olayda hizmet kusurunun bu-*

lunduğu, ayrıca hükmedilen tazminat miktarları gözetildiğinde davalıların ödeme güçlüğü içine düşeceklerinin açık olduğu hususları dikkate alınarak 818 sayılı BK’nın 43. ve 44. maddeleri (6098 s. TBK m. 51, 52) uyarınca % 25 oranında hakkaniyet indirimi yapı- larak istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir.(...) Somut olayda, dava konusu olayın gerçekleşme biçimi, davalıların olaydaki pozisyonları gö- zetildiğinde mahkemece yapılan hak- kaniyet indirimi az olmuştur. Daha yüksek oranda hakkaniyet indirimi uy- gulanması gerekirken % 25 oranında hakkaniyet indirimi yapılması yerinde değildir. Kararın bu nedenle bozulma- sı gerekmiştir.”⁴¹

Görüldüğü üzere idare, idari yargı- da aleyhine hükmedilmiş olan tazmi- nat miktarının tamamı üzerinden rücu talebinde bulunsa da, Yargıtay hizmet kusurunun var olup olmadığını bilirki- şiliyle tespit etmekte ve gerektiğinde hakkaniyet indirimi de yaparak, kamu görevlilerinin sorumlu tutulacağı taz- minat miktarını belirlemektedir.

Bu tablo karşısında bir yandan rücu davalarının da idari yargıda karara bağlanması gereği haklı olarak savu- nulabilecek olsa da,⁴² Danıştay’ın bir devlet hastanesinde 24 haftalık gebe- liğin hukuka aykırı bir şekilde sonlan- dırılması neticesinde anne ve bebeğin hayatını kaybettiği olayda idarenin ku-

40 Y.4.H.D., 08/03/2018 tarih ve E. 2017/4941, K.2018/1674.

41 Y.4.H.D., 07/03/2017 tarih ve E. 2016/12437, K.2017/1449 sayılı kararı.

42 Bkz. Bahtiyar AKYILMAZ, “İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fa- kültesi “Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu”* (28-29 Mayıs 2009), Bildiriler kitabı, ss. 537-546, özellikle s. 538.

surunun bulunmadığı yönünde verdiği karar Yargıtay'ın yukarıda yer verdiğimiz kararlarıyla kıyaslandığında, Danıştay'ın idareyi koruma dürtüsünü bir kenara bırakmadığı sürece rücu davalarına Yargıtay tarafından bakılmasının daha isabetli olacağı da iddia edilebilir.

SONUÇ

Bu bildirin son halinin hazırlandığı günlerde Çorlu tren kazası ile ilgili davanın duruşmaları yapılmaktaydı. Birçok kişi büyük bir üzüntüyle bu davayı takip etmektedir. Bu dava ceza davasıdır. Ülkemizde bu gibi olayların ertesinde ilk aklımıza gelen ceza davaları olmakta ve bir “suçlu” arayışına girilmektedir.

Konuya idare hukuku açısından bakıldığında, biri ya da birileri ceza yargılamasında suçlu bulunsa da bulunmasa da, ya da birileri yargılanabilse ya da kimse yargılanamasa da “sorumlu”nun her halükarda idare olduğu görülmektedir. Ülkemizde idarenin sorumluluğunun altı belki de yeterince çizilmemektedir. İdarenin “sorumlu” olduğunun tespiti ile belki ceza yargılamalarının da önünün açılması mümkün olabilir.

Fransa’da kontamine kan davası ertesinde zamanın sağlık bakanı “sorumlu ama suçlu değil” (responsable mais pas coupable) demiş ve bu ifadesi büyük tepkiye yol açmıştı. Aslında hukuki anlamda bu ifade elbette doğrudur. “Suç” ve “suçlu” ceza hukuku

kavramlarıdır ve idari yargıda idarenin sorumlu kabul edilmesi onu “suçlu” yapmaz. Ancak tepki, bu olayda Bakanlığın kamu hizmetini olması gerektiği gibi sunmadığının tespit edilmiş olmasına rağmen bu cümlelerin sarfedilmiş olmasınadır. Kamuoyu nezdinde idare sorumlu, bu cümleyi kuran yetkili de “suçlu”dur ve Fransız vatandaşları bu sorumluluğun idare tarafından sadece maddi olarak değil ama aynı zamanda ahlaki olarak da taşınmasını talep etmektedir.

Ülkemizde ise sorumluluk sadece zararın karşılanması olarak düşünülmektedir ki bu durum, idarenin sorumluluğu konusunu çok gerilere çekmekte, etik yargıdan tamamen uzaklaştırmaktadır. Oysa ki, tren kazasına geri dönecek olursak, belli kişilerin “suçlu” bulunarak cezalandırılması elbette önemlidir ama en az bunun kadar önemli olan bir konu da idarenin kusurunun ortaya konulması ile yaptırıma uğraması yani sorumluluğuna hükmedilmesidir. Bu şekilde hem böyle bir olayın bir daha gerçekleşmemesi sağlanacak hem de bireylere, idarenin bile hukuka aykırı eylem ve işlemleri nedeniyle sorumlu tutulacağı, yani idarenin de sorgulanabilir olduğu, hesap vermesi gerektiği mesajı verilecektir.

Son olarak hizmet kusurunun anonim olabileceği unutulmamalıdır. Cezalandırarak kamu görevlisi bulunamayabilir çünkü asıl kusurlu idarenin işleyişidir.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar: “İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi “Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu”* (28-29 Mayıs 2009), Bildiriler Kitabı, ss. 537-546.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat, KAYA, Cemil: *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019.
- ATAY, Ethem, ODABAŞI, Hasan: *İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- BALTA, Tahsin Bekir: *İdare Hukuku I Genel Konular*, AÜSBF yayınları, Ankara 1970.
- BİLGE, Necip: *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitabevi, Ankara 1996.
- BLUM, Léon: *Mme Lemonnier kararı raporu*, D., 1918.3.9; RDP, 1919, s.41; Sirey, 1918-1919.3.41.
- CHAPUS, René: *Droit Administratif Général, Cilt I*, 15. Baskı, Montchrestien, Paris 2001.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2016.
- DURAN, Lutfi: *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, Sevinç Matbaası, Ankara 1974.
- GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku, Cilt II*, Ekin Yayınevi, 3.Baskı, Bursa 2019.
- GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011.
- GÜRAN, Sait: “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1980, s. 152.
- GÜRAN, Sait: “İdarenin ve Ajanının Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.12, S.1, 1979, ss. 55-62.
- LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLLE, Pierre, GENENOIS, Bruno: *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative* (GAJA), 14. Baskı, Dalloz, Paris 2003.
- OZANSOY, Cüneyt: *Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989.
- SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem: Danıştay 10. Dairesinin 09.07.2013 Tarih ve E. 2012/9046, K.2013/5913 Sayılı Kararı “Sorumluluk – Manevi Tazminat - Yaptırım Fonksiyonu”, *5. İdare Hukuku Buluşması “Danıştay Karar İncelemeleri”*, 4-6 Mayıs 2018 Büyükkada/İstanbul, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 242-243.
- TRAVARD, Jérôme: *La Victime et La Puissance Publique, Reflexions Sur L’Evolution De La Responsabilité Administrative Extracontractuelle*, Doktora Tezi, Jean Moulin- Lyon 3 Üniversitesi, 2008.
- YAŞAR, Hasan Nuri: “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, *İÜHFİM*, C. LXVI, S. 1, 2008, s. 207.
- YILDIRIM, Turan, YASİN, Melikşah, KAMAN, Nur, ÖZDEMİR, H. Eyüp, ÜSTÜN, Gül, OKAY TEKİNSOY, Özge: *İdare Hukuku*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- YILMAZ, Dilşat: “Danıştay 15. Dairesinin 22.04.2016 Tarih ve Esas No: 2013 – 4111 Karar No: 2016 – 2803 Karar İncelemesi”, *5. İdare Hukuku Buluşması “Danıştay Karar İncelemeleri”* 4-6 Mayıs 2018 Büyükkada/İstanbul, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, ss. 43-58.
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1996.