

KAMU ZARARLARININ TAZMİNİ KONUSUNDA MEVZUATTAN VE UYGULAMADAN KAYNAKLANAN PROBLEMLER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Dr. Abdullah Recai AKALAN*

ÖZET

Kamu zararı mevzuata aykırı karar, işlem ve eylem sonucunda kamu kaynağındaki bir azalmadır. Kamu zararı kamu hukuku hükümlerine göre değil, özel hukuk hükümlerine göre tazmin edilir. Kamu zararlarının tazmini konusunda mevzuattan ve uygulamadan kaynaklanan problemler bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi üst yöneticinin kamu zararına yol açması halidir. Bu durumda, üst yönetici hem zarara yol açan, hem de kamu zararının tahsiline karar veren merci konumundadır. Kamu zararı, bu zarara yol açan kişi tarafından tazmin edilmek zorundadır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Zararı, Tazmin, Denetim, Mahkeme Kararı.

ABSTRACT

The Problems Arising Form Legislations And Practices About Compensation Of Public Losses And The Suggestions For Solution

Public loss is a decrease in public source as a result of decisions, transactions or acts which are contrary to the legislation. Public loss is compensated not according to the provisions of public law but the provisions of private law. There are problems for the compensation of losses arising from legislation and public administration. The most important one is the situation that top manager leads public losses. In this case, top manager is the one leading to damage, as well as the authority deciding to collect the public loss. Public loss must be compensated by the person who constitutes it.

Key Words: *Public Loss, Compensation, Audit, Court Decision.*

* Mülkiye Başmüfettişi

GİRİŞ

Kamu kaynaklarından yersiz veya kanuna aykırı olarak yapılan harcamalar yada bu kaynaklarda meydana gelen eksilmeler, kamu zararı olarak karşımıza çıkar. Kamu zararının zarar verenden tahsil edilmemesi, kamunun devlete olan inancını yaralayacak, başkalarını da kamu kaynaklarına zarar verme konusunda cesaretlendirecektir. O halde kamuya verilen zararın hukuki usullerle sorumlularından tazmin edilmesi gerekmektedir.

Kamu zararından doğan alacağın rızaen ödenmesi beklenir. Ancak kamu idareleri zararın kendiliğinden ödenmemesi halinde de bazı hukuki yöntemleri kullanmak durumdadır. Bu yöntemler, Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda, Sayıştay Kanun'unda, Devlet Memurları Kanununun 12 ve 13. maddelerinde, Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te, Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir.

Bu makalenin hazırlanmasında amaç, kamu zararının tahsili konusunda mevzuattan ve uygulamadan kaynaklanan bir takım sorunların bulunmasıdır. Bu sorunların en önemlisi kamu zararına yol açan işlem veya eylem sürecine üst yöneticilerin dahil olması halidir. Zira bu durumda, üst yönetici hem zarara yol açan, hem de kamu zararının tahsil edilip edilmeyeceğine karar veren merci konumundadır. Yine benzer konuları düzenleyen iki yönetmeliğin farklı kavramlar üzerinden hareket etmesi bir başka sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları gibi kendine özgü yapıları bulunan kurumlarda kamu zararına karar verecek merci konusunda net hukuki düzenleme bulunmaması bir başka sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ayrıca uygulamadan kaynaklanan problemler bulunmaktadır. Üst yöneticinin kamu zararına yol açtığına tespiti halinde, mevcut bir hukuki düzenleme varken, bu düzenleme dikkate alınmadan Sayıştay'a tevdi yapılması uygulamada görülen problemlerden birisidir, Yine kamu zararına yol açan kamu görevlilerinin maaşlarından doğrudan kesinti yapılması hususu uygulamadan kaynaklanan bir başka problemdir.

Bu makale ile gerek hukuki düzenleme yetersizliğinden kaynaklanan sorunlara, gerekse uygulamadan kaynaklanan sorunlara yönelik tespitler yapılacak ve önerilerde bulunulacaktır.

Her şeyden önce, kamu zararının daha iyi anlaşılabilmesi için tanımı yapılmalı, ayrıca hukuki niteliği belirlenmelidir. Yine, kamu zararının amme alacağı

olup olmadığı tespit edilmeli ve alacağın tahsili yöntemi ortaya konulmalıdır. Bu makalede, kamu zararının tanımı yapıldıktan sonra, hukuki niteliği üzerinde durulacak ve alacağın tahsili usulleri belirlenecektir. Kamu kaynaklarına verilen zararların hangi usullerle tazmin edileceği hususu mali boyutları itibariyle ortaya konulmaya çalışılacak, kamu zararının aynı zamanda bir suç veya disiplin suçu oluşturması halinde uygulanacak yöntemlere değinilmeyecektir.

A-KAMU ZARARI KAVRAMI

Zarar sözlükte "Bir şeyin, bir olayın yol açtığı çıkar kaybı veya olumsuz, kötü sonuç, dokunca, ziyan, mazarrat"¹ olarak tanımlanmaktadır. Daha hukuki bir ifadeyle; bir kişinin maddi veya manevi varlığında kendi iradesi dışında meydana gelen azalmalara zarar denecektir (Bağdatlı, 1997: 480).

Kamu zararı, mevzuata aykırı olarak eylem ve işlem tesis etmek suretiyle kamu kaynağında eksilmeler meydana gelmesi biçiminde oluşabileceği gibi, devlet memurları yada üçüncü kişiler tarafından kamu mallarına verilen zararlar biçiminde de gerçekleşebilir. Bu hususlar, esas olarak Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte, Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelikte düzenlenmiştir. İlkinde 5018 sayılı Kanuna paralel olarak kamu zararı kavramının tanımı yapılmakta ve tahsili usulleri belirlenmektedir. İkinci yönetmelikte ise, daha çok memurlara teslim edilen kamu mallarına verilen zararlar ve bunların tahsili yöntemleri ortaya konulmaktadır.

Kamu zararı kavramı esas olarak, 5018 sayılı Kamu Malı Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; "Kamu zararı, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmâl sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır."

Kanunun aynı maddesinde, kamu zararı kabul edilen haller sayılarak belirlenmiştir. Buna göre, "iş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması; mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması; transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması; iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması; idare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması; mevzuatında öngörülmediği halde ödeme

1 <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=zarar&ayn> 01.03.2011.

yapılması” halleri kamu zararı sayılmıştır. Bu tanımdan ortaya çıkan husus, ödeme işlemlerinde veya gelirlerin tahsilinde mevzuata aykırılıklar sonucunda ortaya çıkan kamu kaynağındaki eksilmelerin kamu zararı olarak belirlenmesidir; diğer bir ifade ile 5018 sayılı Kanun’un 71. maddesinde muhasebe işlemleri sebebiyle ortaya çıkan zararlar düzenlenmiştir.

Kanun’un 71. maddesinde kamuya ait mallarda meydana gelecek azalmalar, kaybolmalar düzenlenmemiştir. Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmeliğin 2. maddesinde devlet memurlarının verdikleri zararlar bu yönetmeliğin kapsamı dışında bırakılmıştır. Devlet memurlarının yol açtıkları zararların tahsili usulü, Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelikte düzenlenmiştir.

Ayrıca Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddesine göre devlet memurlarının idare adına hareket etmekte iken, üçüncü kişilere verdikleri zararlar sebebiyle idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatlar da kamu zararı kabul edilmelidir. Zira bu husus ta mevzuatımızda ayrıca düzenlenmiştir.

Yine üçüncü kişilere yapılan haksız ve yersiz ödemeler ile üçüncü kişilerin devlete ait mallara verdikleri zararlar da kamu zararı sayılarak tazmini sağlanmalıdır.

O halde kamu zararı, idarenin mevzuata aykırı biçimde ödeme yapması yada gelirin tahsilinde mevzuata aykırı davranması olarak gerçekleşebileceği gibi, devlet memurlarının gerek kamu malına gerekse başkalarına verdikleri zararın idare tarafından ödenmesi biçiminde de gerçekleşebilir. Devlet memuru olmayan bireylerin kamu malına verecekleri zararlar da kamu zararı kapsamında değerlendirilecektir.

1- 5018 SAYILI KANUNA GÖRE KAMU ZARARI

Yukarıda da belirtildiği gibi, 5018 sayılı Kanun’un 71. maddesinde tanımlanan, kamu zararı, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır. O halde, usulsüz ödemeler, kanun dışı harcamalar, suç sayılan ve sayılmayan eylem ve işlemler, kayıtsızlık gibi hareketler sebebiyle ayniyatın kayıp ve harap olması, gelirlerin zamanaşımına uğrayarak tahsilinin imkansız hale gelmesi, idarenin zarara uğradığının tespit edilmesi halinde kamu zararı ortaya çıkar. 5018 sayılı Kanun ve buna dayanılarak çıkarılan yönetmeliğin esas amacı muhasebe işlemleri sebebiyle verilen zararları gidermektedir.

2- DEVLET MEMURLARI TARAFINDAN VERİLEN ZARARLAR

Memurlar görevlerini özenle yerine getirmek, devlet malını korumak ve bununla ilgili gerekli tedbirleri almakla görevli ve sorumludurlar. Kamu görevlileri, zaman zaman görev yaptıkları birimlere isteyerek yada istemeyerek zarar verebilirler. Aynı zamanda memurlar kamu görevi sırasında üçüncü kişilere de zarar verebilirler. Memurlar gerek idareye gerekse üçüncü kişilere verdikleri zararları tazmin etmekle yükümlüdürler. Kamu görevlilerinin idareye yada üçüncü kişilere verdikleri zararın tazmini hususunda "Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik" hükümleri uygulanacaktır. Bu yönetmelikte, sadece muhasebe iş ve işlemlerinden sorumlu olan memurlar değil, kamu zararına yol açan bütün devlet memurları verdikleri zararlardan sorumlu tutulmaktadır.

a-Memurların İdareye Verdikleri Zararlar

Memurlar görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek; Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almakla görevli ve sorumludurlar. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12. maddesine göre, memurlar kasıt, kusur, ihmal ve tedbirsizlik sonucu idareye verdikleri zararlardan dolayı sorumludurlar. Kanun, kusurlu olmaları halinde verdikleri zararlardan dolayı memurları sorumlu tutmuştur.

Kamu görevlilerinin idareye verdikleri kamu zararı Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde şöyle düzenlenmiştir.

"a) Kanun, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile belirlenmiş görevlerini kasıt, ihmal veya tedbirsizlik sonucu gerekli dikkat ve itina ile yapmamaları sebebiyle idarenin veya kişilerin uğradığı zararlar,

b) Kendilerine teslim edilen Devlet malının korunması ve her an hizmete hazır halde bulundurulması için gerekli tedbirleri kasıt, ihmal veya tedbirsizlik sonucu almamaları sonucu Devlet malında meydana gelen zararlardan ibarettir."

Memurlar bilerek ve isteyerek yada gerekli özeni göstermemeleri sebebiyle, diğer bir ifade ile kasten yada ihmal suretiyle devlet malına zarar vermişlerse, verdikleri zarardan sorumlu olacaklardır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi aşağıdaki kararında, belediyenin mevzuata aykırı gerçekleştirdiği bir işlemde zarar oluşmadığı gerekçesi ile tazmin kararının kaldırılmasına karar vermiştir:

"Davacı belediye, belediye başkanı olan davalının onay aldığı miktardan fazla sayıda geçici işçi çalıştırarak o işçilere ücret ödenmesine sebebiyet verdiğini belirterek uğradığı zararın giderilmesini istemiştir.

Dairemizin 18/6/2002 tarihli bozma kararında, fazladan çalıştırılan işçilerin gerçekte çalışıp çalışmadığı, onların çalışmasına ihtiyaç bulunup bulunmadığı, çalışmışlarsa davacı yararına bir değer yaratıp yaratmadıkları, bir değer varsa bunun denkleştirilmesi gerektiği açıklanmıştır. Bozmaya uyularak yapılan inceleme sonucu toplanan delillerden, tanık anlatımlarından ve tüm dosya içeriğinden, usulsüz (onaylanan miktardan fazla) çalıştırılan geçici işçilerin, davacı belediyeye ait çeşitli işlerde ve ihtiyaç gereği çalıştırıldıkları ve davacı belediye yararına bir değer yarattıkları anlaşılmaktadır. Bu işçilerin usulsüz çalıştırılması başlı başına tazminat sorumluluğunu gerektirmez. Sorumluluk için, zarar bulunması gerekir. İşçilerin çalıştırılması hukuka aykırı ise de, bu çalışma sonucunda davacı yararına bir değer yaratıldığından davalının zararı bulunduğu kabul edilemez. Bu işçilerin siyasi nedenlerle işe alınıp çalıştırılması da, davalının zararı olmadığına ilişkin sonucu değiştirmez. Davacı belediyenin yasa gereği yapmak zorunda bulunduğu iş dallarında görülen ihtiyaç nedeniyle onay alınan miktardan fazla olarak işe alınıp çalıştırılan geçici işçilerin davacı yararına bir değer oluşturdukları ve karşılığında da ücretlerini aldıkları gözetilerek davalının zararı bulunmadığı...²na karar verilmiştir. Bu karara göre, memurların ey-lemının bir zarar oluşturup oluşturmadığı hususu öncelikle dikkate alınmalıdır.

O halde, memurların, kasıt, kusur, ihmal ve tedbirsizlik sonucu idareye veya devlet malına verdikleri zararlar kamu zararıdır.

b-Memurların Üçüncü Kişilere Verdikleri Zararlar

Memurlar görevleri sırasında üçüncü kişilere de zarar verebilirler. Bu zarar kamu hukukuna tabi görevlerin yerine getirilmesi sırasında meydana gelmiş ise, mevzuatımıza göre kamu zararı olarak ortaya çıkacaktır. Gerçekte kamu görevlilerinin üçüncü kişilere zarar vermeleri halinde meydana gelen zarar, üçüncü kişilerin zararıdır. Ancak 657 sayılı Kanun bu tür zararlara ilişkin davanın idareye karşı açılmasını öngörmüştür. Kamu zararı ise, idare tarafından üçüncü kişilerin zararının ödenmesidir. Memurların üçüncü kişilere verdikleri zararlardan dolayı, idarenin memurlara rücu hakları bulunmaktadır.

Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının

2 Yargıtay 4.Hukuk Dairesi, 23.09.2003 tarih ve E: 2003/9374 K: 2003/10506 sayılı kararı, http://212.175.130.129/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00a0bc22&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00a8663b. 23.02.2007.

Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinde kamu görevlileri tarafından verilen zararların tazmini için iki şartın gerçekleşmesi aranmıştır. Zararın tazmini için "zarar" şartı ile "zararın memurun davranışından doğmuş olması" şartları bir arada gerçekleşmelidir. Bu iki şarta "kusurlu davranış" da ilave etmek gerekir. Zira memurların verdikleri zararlardan sorumlu olabilmeleri için zararın, memurların kasıtlı yada ihmali suretteki davranışları sebebiyle meydana gelmesi gerekir. Bu bakımdan, zararın tespitinden sonra memurun kusurlu davranışının olup olmadığı belirlenmelidir.

"Kusurun ölçüsünün ne olacağı konusunda ise hukukumuzda görüş birliği vardır. Kusurun objektifleştirilmesi de denilen bu kurala göre hayat tecrübelerine ve olayda, o şartlarda, normal seviyede, dikkatli, makul, tedbirli bir insandan beklenen davranışlar esas alınmalıdır (Akyılmaz, 2004:403).

Ancak devlet memurlarının kişisel kusurları sebebiyle verdikleri zararlardan dolayı idarenin tazminle sorumlu tutulması mümkün değildir. "... kamu görevlilerinin hizmetle ilgili olmayan kusurlu tutum ve davranışları onların kişisel kusurunu teşkil eder ve idarenin sorumluluğuna yol açmaması gerekir" (Günday, 2002:324).

Memurların üçüncü kişilere verdikleri zararlardan sorumlu tutulabilmeleri için, memurun davranışı bir zarar ortaya çıkarmalı; bu zarar memurun kusurlu davranışı ile ortaya konulmalı; fiil ile zarar arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır.

3-ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN İDAREYE VERİLEN ZARARLAR

Üçüncü kişilerin, kendilerine yapılan haksız ve yersiz ödemeler suretiyle sebepsiz zenginleşmeleri yada kamu mallarına verdikleri zararlar da kamu zararı oluşturacaktır. Bu durumda kamu zararı, üçüncü kişilerin idareye verdikleri zararlardır. Üçüncü kişiler tarafından kamuya verilen zararlar genel hükümlere göre tazmin edilir.

Bazı kanunlarda kamuya verilen zararların sorumlularından tahsil edileceğine dair açık hükümler bulunmaktadır. Bu şekilde, açık kanun hükümleri olmasa bile üçüncü kişiler tarafından kamuya verilen zararlar genel hükümlere göre tazmin edilecektir.

B-KAMU ZARARININ NİTELİĞİ

Kamu zararının hukuki niteliğinin tespiti, tahsilinde uygulanacak meto-
dun belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Zira kamu zararının bir kamu
alacağı olarak belirlenmesi halinde idarenin bu zararı resen tahsil etme yetkisi
doğmaktadır. İdarenin bu yetkisi 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü
Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. O halde öncelikle kamu alacağının niteliği
tespit edilmelidir.

1-KAMU ALACAĞI

Bilindiği üzere, 6183 sayılı Kanun kamu alacaklarına ilişkin bir kanundur.
6183 sayılı Kanun'un 1. maddesinde kanunun kapsamı belirlenmiştir. Bu mad-
deye göre; "vergi, resim, harçlar, muhakeme masrafları, vergi cezası, para
cezası gibi" kamuya ait alacaklar kamu alacağıdır.

Hukuk Sözlüğünde yapılan tanıma göre, "devlet ve öteki kamu tüzel
kişilerinin kamu hukukundan doğan alacakları" kamu alacağıdır (Bağdatlı,
1997:240).

Bu tanıma göre kamu alacağı, kamu hukukunda doğan alacaklardır. 6183
sayılı Kanuna göre, kamu alacağı ya borçlusu tarafından kendiliğinden ödenir
ya da ödenmemesi halinde idare tarafından kamu gücüne dayanılarak resen
tahsil edilir. Kamu alacağının tahsili amacıyla gerçekleştirilen işlemler, tek ta-
raflı, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlerdir.

Kamu alacakları özel hukuk alacaklarından farklı bir şekilde takip ve tahsil
edilmektedir. Zira kamu alacağını takipte kamu yararı bulunmakta olup, bu
yarar kişisel yarardan üstün tutulmaktadır. Kamu alacağının zamanında tahsil
edilememesi halinde Devletin yerine getirmek zorunda olduğu hizmetlerin ak-
saması sonucu ortaya çıkacaktır.

"İdareye tanınmış olan bu yetki kamu hukuku alanındaki alacaklarına iliş-
kindir. Buna karşılık, idarenin özel hukuk alanındaki alacaklarını tahsil yetkisi
bulunmayıp, bu alacaklarının tahsili için adli icraya başvurması gerekir"(Gün-
day, 2002:204).

O halde, devletin yürütülmesi zorunlu olan hizmetler için ortaya koyduğu
vergi, resim, harç gibi mali yükümlülükler kamu alacağıdır. Kamu alacağı, ta-
kibindeki kamu yararı sebebiyle, özel hukuk alacaklarından farklı şekilde takip
edilmektedir.

2-KAMU ZARARI

6183 sayılı Kanun'un 1. maddesinde "akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğan" yükümlülükler, kamu alacakları kapsamı dışında tutulmuştur. Zira, kamunun akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğan alacakları, kamu hizmetlerinin finansmanı sağlayacak alacaklardan değildir.

"Önemle belirtmek gerekir ki devlet, il özel idareleri ve belediyelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğan alacakları 6183 sayılı Yasa kapsamının dışında kalmaktadır. Yani Devletin, il özel idarelerinin ve belediyelerin kamusal hizmetlerinin uygulanmasından doğan alacaklar dışındaki alacakları, 6183 sayılı Yasa uyarınca takip ve tahsil edilemeyecektir"(Arslan, 2003:67).

"6183 sayılı Kanun'da belirtilen haksız fiil ve haksız iktisaptan doğan alacaklar ise medeni hukuk çerçevesine girmektedir"(Çelik, 2000:9).

Kamu zararında, zarar kavramından hareket edilmektedir. Mevzuatımızda bir zarar vukuunda genellikle haksız fiil hükümlerinin uygulanması tercihi yapılmaktadır. Haksız fiil bir özel hukuk müessesesi olup Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde düzenlenmiştir.³

Ayrıca kamuya verilen zarardan bil istifade kişilerin menfaat temini söz konusu ise, kamu zararı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre takip edilmelidir. Bu durumda da meydana gelen zararlar ilgili olarak Borçlar Kanunu'nun 61. Maddesi hükümleri uygulanacaktır.⁴

O halde, sözleşmeden, zarardan yada sebepsiz zenginleşmeden doğan idare alacakları da özel hukuk hükümlerine tabi olacaktır. Bu durumda 6183 sayılı Kanun değil, Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

"Özel hukuktan doğan alacakların tahsili için, doğrudan doğruya harekete geçilememekte; alacağın kamu gücü kullanılarak tahsilini sağlamak amacıyla icra ve iflas dairelerine başvurulması gerekmektedir"(Kaneti, 1989: 427-428).

Kamu zararı halinde, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre adli mercilere müracaat edilerek zararın tazmin edilmesi sağlanacak, doğrudan tahsil yoluna gidilmeyecektir.

3 Haksız fiil, 1/7/2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde düzenlenmiştir. 49. maddeye göre, " Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür."

4 Sebepsiz zenginleşme, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 77. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre "haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür."

3-HAKSIZ FİİL

Haksız fiil bir borçlar hukuku kavramıdır. Haksız fiil ile ifade edilen kusur sorumluluğudur. "Kusur sorumluluğu, sözleşme dışı, hukuka aykırı, kusurlu bir davranışla bir kimseye verilen zararın giderilmesini (tazminini) düzenler"(Eren, 2001:480).

Haksız fiil sorumluluğunun en önemli unsuru, kusurdur. Haksız fiil sorumluluğu için kusur, kurucu unsurdur; kusur olmadan sorumluluk olmaz. Yargıtay haksız fiil için kusur bulunmaması halinde sorumluluk olmayacağını altını çizmektedir.

"Dava, haksız eylem sorumluluğundan kaynaklanmıştır. Bu nedenle olayda sorumluluğun kabul edilmesi için öncelikle kusurun belirlenmesi zorunludur; çünkü haksız eylem sorumluluğunda kusur varsa sorumluluk vardır, kusur yoksa sorumluluk yoktur. Kusurun belirlenmesinde sağlıklı bir sonuca varılması için kural olarak şu yol izlenmelidir. Öncelikle zararın oluştuğu alan içinde normal olarak yapılması gereken davranış ve çalışmalar, daha sonra da olay içinde sorumlu olduğu iddia edilen kişinin gerçekleşen davranış ve tutumu gerektiğinde bütün ayrıntıları ile birlikte tesbit edilmelidir. Olması gerekenle gerçekleşen davranış ve tutum arasında bir fark var ise o zaman bir kusurun varlığından söz edilebilecektir. Başka bir anlatımla kusur olayın özelliğinden kaynaklanabilecek istisnalar ayrı kalmak üzere objektifleştirilmelidir. Bu da aynı işi yapan orta düzeyde normal bir kişinin yapması gereken ve beklenen davranışa eşdeğerdir. Öte yandan eylem bir şeyi yapma şeklinde olabileceği gibi yapmama şeklinde de olabilir. Bir başka anlatımla, aktif bir eylemin yapılması sonucun gerçekleşmesini önleyecek idiyse, bu eylemin yapılmaması (menfi davranış), zararlı sonuç açısından bir eylem (davranış, hareket) değer ve niteliği taşır."⁵

Haksız fiil hukuka aykırı bir fiildir; ancak failin, fiilinde kusurlu olmaması halinde sorumluluk doğmayacaktır. Diğer bir ifade ile sorumluluk için hukuka aykırılık yeterli olmayıp, haksız fiilin unsurlarından olan kusurun da bulunması gerekmektedir.

"Kusur sorumluluğunun kurucu unsurları, davranış, zarar, uygun illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılıktır"(Eren, 2001:480).

Haksız fiilin varlığından söz edebilmek için her şeyden önce bir zararın

5 Yargıtay 4.Hukuk Dairesi, 9.2.1993 tarih ve E: 1993/671 K: 1993/965 sayılı kararı, http://212.175.130.129/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00a0bc22&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00490300. 15.03.2007.

meydana gelmesi gerekir. Ayrıca bu zararın bir kusur sebebiyle meydana gelmesi ve kusur ile zarar arasında bir illiyet bağının bulunması lazımdır.

C- KAMU ZARARINDAN SORUMLULUK

Kamu kaynağının elde edilmesinden ve kullanılmasından sorumlu olan kamu görevlileri kamu zararından da sorumludurlar. Bu sorumluluk 5018 sayılı Kanunun 8. maddesinde şöyle ifade edilmiştir: "Her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında görevli ve yetkili olanlar, kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, kullanılmasından, muhasebeleştirilmesinden, raporlanmasından ve kötüye kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınmasından sorumludur ve yetkili kılınmış mercilere hesap vermek zorundadır."

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 4/ğ maddesinde sorumlular, kamu zararının oluşmasına sebep olan kamu görevlileri olarak tanımlanmıştır. İlk bakışta, bu hükme göre, kamu zararından sorumlu olanların kamu görevlileri olduğu izlenimi uyanmaktadır. Diğer bir ifade ile kamu zararına yol açan diğer ilgililerin sorumluluğu bulunmadığı sonucuna ulaşılabilir. Kamu kaynağının elde edilmesinden ve kullanılmasından sorumlu olan kamu görevlilerinden bahsedildiğine göre, bu kamu görevlileri hesap ve işlemlerden sorumlu olan muhasebe elemanları olmalıdır. Sorumlular öncelikle kamu görevlileridir; ancak gerek 5018 sayılı Kanun'un 71. maddesinde, gerekse Yönetmeliğin 5. maddesinde diğer ilgililerin sorumluluğuna da yer verilmiştir.

5018 sayılı Kanun'un 71. Maddesinde, oluşan kamu zararının ilgililerinden tahsil edileceği hükme bağlanmıştır. Yine Yönetmeliğin 5/2. maddesinde kamu zararının geri ödenmesi sürecine, kamu görevlileri ile birlikte diğer ilgililerin de dahil edileceği ifade edilmiştir. Sayıştay Daireler Kurulu, Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikle ilgili görüşlerini belirttiği kararında,⁶ 5. maddedeki düzenlemenin mevzuata aykırı olduğu ve yeniden düzenlenmesi gerektiği görüşüne varmıştır. Ancak yönetmelikte bu yönde bir değişiklik yapılmamıştır.

Öte yandan Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, kamu hazinesi aleyhine, sebepsiz zenginleşenlerden bu zararın tahsili gerekir.

6 Sayıştay Daireler Kurulu'nun 19.07.2006 tarih ve 1212/2 nolu kararı, <http://www.sayistay.gov.tr/karar/DKK/DKK3.asp?ID=148>.

O halde, muhasebe işlemleri ile görevli ve sorumlu olamayan kamu görevlileri yada üçüncü kişiler de, diğer ilgililer kabul edilerek kamu zararının geri ödenme sürecine dahil edileceklerdir. Ancak, Sayıştay'a karşı hesap vermekle sorumlu olanlar yine hesap ve işlemlerden sorumlu olan kamu görevlileri olacaktır.

Sorumluluk öncelikle kamu görevlilerinde bulunmakla birlikte, her kamu görevlisinin değil, kusuru bulunanların sorumlu tutulması gerektiği anlaşılmaktadır. "Kişi borcu, kural olarak, akçalı işlemlerle görevli memurlardan hangisinin kusurundan ileri gelmişse, onun hakkında sorumluluk doğurur"(Naliş, 1971:30).

Ödemelerin yapılması yada gelirlerin elde edilmesi hususlarında yetkili olan kamu görevlileri yanında, kamu zararının oluşmasına yol açan üst yöneticilerin de kusurları oranında sorumlulukları bulunacaktır. Bu husus Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bir kararında şu şekilde yer almıştır:

"Haklarındaki dava reddedilen M. Adil ile Mustafa davacı kurumda yönetici konumundadırlar. Diğer davalıların miras bırakanı Sırrı'nın kontrol ve denetimiyle sorumludurlar. Bu nedenle uzun yıllar süren gecikmeyi zamanında fark edip zararın artmasını önleyemedikleri için doğan zarardan onlar da sorumlu olur. Öyleyse her bir davalının zararın oluşumundaki kusur oranları ayrı ayrı belirlenip buna göre belirlenecek miktarlara hükmedilmelidir."⁷

Muhasebe işlemlerinden dolayı kamuya verilen zararlar yanında, diğer işlemlerle de kamuya zarar verilmiş olabilir. Ayrıca, üçüncü kişilere verilen zararlardan dolayı sorumluluk doğabilir. Bütün bu durumlarda kamu zararından sorumlu olan kamu görevlileri verdikleri zararı tazmin etmekle mükelleftirler.

"Kira ilişkisi yasal yollardan sona erdirilmeden davalının belediye başkanı sıfatıyla kamu gücünü kullanarak yıkım yaptırması ve bu yüzden belediyeyi zarara uğratması nedeni ile kendisinin oluşan zarardan sorumlu tutulması gerekir."⁸

Sonuç olarak kamu zararına sebebiyet veren kamu görevlileri ve üçüncü kişiler de kamu zararından sorumlu tutulacaklardır.

7 Yargıtay 4.Hukuk Dairesi, 27.10.2003 tarih ve E: 2003/6995 K: 2003/12327 sayılı kararı, http://212.175.130.129/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/metin_gor.html?BackRowids=0x00a0bc22&ExternalTables=kararlar&ExternalRowids=0x00ab4680. 23.02.2007.

8 Hukuk Genel Kurulu 27.12.1989 tarih ve E. 1989/4-550 K. 1989/684 sayılı kararı, Tuncer Ali Hikmet/Yüksel Ali, Valinin İl Özel İdaresine, Belediye Başkanının Belediye İdaresine, Mahalli İdareler Birlik Başkanlarının Birlik İdaresine Verdikleri Zararların Tazmini İçin İl Özel İdaresi, Belediye veya Birlik Tüzel Kişiliği Adına Dava Açma Ehliyetinin Kullanılmasına ve Bu Davanın Giderlerinin Karşılmasına İlişkin Sorunlar, <http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/userfiles/Vali.doc>. (01.03.2011)

D-KAMU ZARARININ TESPİTİ VE TAHSİLİ USULLERİ

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesine göre kamu zararları, müfettiş, kontrolör yada denetim elemanları tarafından yapılan kontrol, denetim veya inceleme sırasında tespit edilebileceği gibi, Sayıştay tarafından kesin hükme bağlama yada yargılama sonunda da tespit edilebilir. Kamu zararlarının tespit edilme biçimi, kamu zararının tahsili konusunda uygulanacak usulleri değiştirmektedir. Zararın tespiti şekline göre tahsili usulleri aşağıda başlıklar halinde incelenecektir.

1- ZARARININ DENETİM SIRASINDA TESPİTİNDE UYGULANACAK USUL

Mevzuatımızda, denetim sırasında kamu zararı tespit edilmesi halinde, buna ilişkin tespitin bir raporla ilgili idareye bildirilmesi esası getirilmiştir. Bu tespit idarenin üst yöneticisi tarafından değerlendirilecek ve kamu zararı bulunup bulunmadığına karar verilecektir. Zira, denetim elemanlarının raporları icra edilmesi zorunlu nitelikte kararlar değildir (Kaya, 2005:264).

Bu sebeple kanunla belirlenen merciler tarafından, bu raporlar üzerine icrai nitelikte karar verilmesi gerekir. Kamu zararları ile ilgili olarak, bu tür kararlar kanunla belirlenen üst yöneticiler tarafından verilir. Üst yöneticiler, değerlendirmeler sonucunda kamu zararı bulunduğu kanaat getirirlerse, kamu zararının takip ve tahsiline karar verirler. Üst yöneticiler kamu zararının oluşmadığı kanaatini edinirlerse, takip edilmesine gerek olmadığına karar verirler.

Yönetmelikteki düzenlemeye göre, kontrol, denetim ve inceleme sonucunda tespit edilerek kamu idarelerine bildirilen kamu zararlarına ilişkin belgelerde yer alan hususlar, ilgili harcama yetkilisinin de görüşleri alınmak suretiyle merkezde üst yönetici, taşrada ise idarenin en üst yöneticisi tarafından değerlendirilir.⁹

9 Kontrol ve denetim sonucunda tespit edilen kamu zararlarının idarenin en üst yöneticisi tarafından değerlendirileceği kuralının istisnası, 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanununun 22. maddesinde düzenlemiştir. Bu hüküm, Köylere Hizmet Götürme Birliklerinin hesap teftişinde kamu zararı tespiti edilmesi halini ifade etmektedir.

Köylere hizmet götürme birlikleri 5018 sayılı Kanun'un 2. maddesinde belirtilen kapsam dışındadır. Ayrıca 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanununun 22. maddesinde mahalli idare birliklerinin Sayıştay'ın dış denetimine tabi olmadığı açıkça vurgulanmakta ve "Mahallî idare birliklerinin denetimi İçişleri Bakanlığınca yapılır." denilmektedir.

Köylere hizmet götürme birlikleri ile ilgili olarak kamu zararı tespit edilmesi halinde bu husus teftiş layihasında kişi borcuna alınacaktır. Ancak müfettişler tarafından hazırlanan layihalar üzerine Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğe göre değil, 5355

Üst Yönetici Kavramı

Bu noktada, üst yönetici kavramının belirlenmesi gerekmektedir. Kimlerin üst yönetici olduğu 5018 Sayılı Kanunun 11. maddesinde tespit edilmiştir. Buna göre, Bakanlıklarda müsteşar, diğer kamu idarelerinde en üst yönetici, il özel idarelerinde vali ve belediyelerde belediye başkanı üst yöneticidir. Ancak, Millî Savunma Bakanlığında üst yönetici Bakandır. Diğer kamu idarelerinden kasıt müstakil tüzel kişiliği bulunan idarelerdir. Tüzel kişiliği bulunan kurumlarda en üst yönetici pozisyonundaki kamu görevlisi, kamu zararının bulunup bulunmadığına karar verecektir.

Üst yöneticiler, kamu zararları açısından sorumlulukları altındaki kaynakların kayıp ve kötüye kullanımının önlenmesinden sorumludur. Üst yöneticiler, mahalli idarelerde meclislerine diğer kurumlarda ise Bakana karşı sorumludurlar.

Her il ve ilçede kurulmuş olan ve kanunda belirli kamu görevlileri ile özel şahısların müştereken karar organını oluşturdukları, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarında yapılan teftişlerde bir zarar tespit edilmişse, karar mercii konusunda özel bir durum ortaya çıkmaktadır. Sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının kendine özgü yapıları bulunmaktadır. 3294 Sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'nun 7. maddesinde, her il ve ilçede sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının kurulacağı, mülkî idare amirlerinin vakfın tabii başkanı olacağı belirtildikten sonra, vakıf senetlerinin mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından Medeni Kanun'daki hükümlere göre tescil ettirileceği hükme bağlanmıştır. O halde sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları, kamu görevlileri tarafından yönetilmekle birlikte, özel hukuk hükümlerine tabi olduğundan nevi şahsına münhasır bir yapıya sahiptirler.

5018 sayılı Kanunda, "diğer kamu idarelerinde en üst yönetici(nin)" karar merci olacağı hükmü bulunmaktadır. Ancak bu hüküm, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarını kapsamamaktadır. Sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarında bir zarar meydana gelmesi söz konusu ise, kamu zararına ilişkin karar vermeye yetkili merci kurumun en üst yöneticisi olamaz. Zira vakıfların

sayılı kanunun 22. maddesinde belirtilen usullere göre değerlendirme yapılacaktır. Kanunun 22. maddesinde, tespit edilen kamu zararı üzerine yapılan kişi borcu tekliflerinin birlik meclisinde görüşülerek karara bağlanacağı, bu kararın örneğinin, birlik merkezinin bulunduğu yerin valiliğine, ülke düzeyinde kurulan birlikler ile başkanı vali veya vali yardımcısı olan birliklerde ise İçişleri Bakanlığına gönderileceği, gönderilen mercilerin ve hakkında kişi borcu çıkarılanların on gün içinde idarî yargıya başvurabilecekleri hükme bağlanmıştır. İdarî yarıdan aleyhine sonuç çıkan sorumlulardan, rızası ile ödeme yapmayanlar hakkında icra yoluna başvurulması gerekmektedir.

özel hukuk hükümlerine tabi ve özel bir yapıya sahip olmaları sebebiyle, zararın tahsil edilmesine karar vermeye yetkili merci yöneticiler değil, karar organı olan mütevellî heyetleri olacaktır.

Karara İtiraz Hakkı

Kontrol, denetim veya inceleme sonucunda tespit edilen kamu zararı alacakları, üst yöneticiler tarafından değerlendirildikten sonra kamu zararının takip ve tahsiline karar verilmiş ise, karar sorumlularına tebliğ edilir. Sorumlunun kamu zararını bir ay içerisinde ödemesi istenir. Sorumlu olarak belirlenen kişinin 7 gün içerisinde itiraz hakkı bulunmaktadır. İtiraz merkezde strateji geliştirme birimince, taşrada ise takibe yetkili birimin en üst yöneticisince on iş günü içerisinde sonuçlandırılır. Ancak itiraz ve itirazı değerlendirme süresi ödeme süresini etkilemez.

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesiyle getirilen itiraz yolunda, itirazların merkezde strateji geliştirme birimine, taşrada ise takibe yetkili birimin en üst yöneticisine yapılacağı öngörülmüştür. Kamu zararının takip ve tahsiline dair kararı üst yönetici vermektedir. Buna karşı yapılan itiraz ise daha alt konumda olan bir mercie yapılmaktadır. Bu husus Strateji Geliştirme Birimlerinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte açıkça görülmektedir. 2006/9972 sayılı Strateji Geliştirme Birimlerinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 30. maddesinde stratejiyi geliştirme başkanlarının üst yöneticiye karşı sorumlu oldukları belirlenmiştir. O halde itiraz yolunun fiilen işleme imkânı bulunmamaktadır.

İtiraz yolu öngörülmekle idari dava yolu kapanmış mıdır sorusu akla gelmektedir? Bu husus yargı yeri başlığında incelenecek olup, şimdilik idari dava konusu yapılacak işlemin kesin ve yürütülmesi gereken işlemlerden olması gerektiğini belirterek konuyu kapatalım. Üst yöneticinin verdiği karar kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem sayılır ise dava konusu yapılabilecektir. Zira 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesine göre idari dava konusu yapılacak bir işlem kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmalıdır.

Denetimlerde Kamu Zararı Tespitine Dair Özel Durumlar

Aşağıda bu başlık altında incelenmesi gereken, "Sayıştay denetçilerinin denetimleri sırasında kamu zararı tespit edilmesi" "Mahalli idarelerin idari işlemlerinin İçişleri Bakanlığınca teftişi sırasında kamu zararı tespit edilmesi"

“Müfettişlerce Sayıştay’a bildirimde bulunulup bulunulmayacağı hususu” ve “Mahalli idarelerin başkanı olan Vali ve Belediye Başkanı’nın dahil olduğu bir konuda kamu zararı tespit edilmesi” hususlarında daha geniş açıklama yapılması amacıyla alt başlıklar açılmıştır.

aa-Sayıştay Denetçilerinin Denetimleri Sırasında Kamu Zararı Tespit Edilmesi

Sayıştay denetçileri Sayıştay adına inceleme yapmaktadır. Sayıştay denetçilerinin hazırlayacakları raporlar üzerine Sayıştay Daireleri tarafından karar verilmektedir. Sayıştay denetçileri tarafından inceleme sırasında mevzuata aykırı bulunan işler hakkında gönderilen sorguların¹⁰ bir örneği, üst yöneticiye bildirilir. Üst yöneticinin kamu zararı bulunduğu dair kararı üzerine, idare Sayıştay’ın kesin hükmünü beklemeden, ayrıca bir denetim ve inceleme başlatılabilir. Bu inceleme sonucunda üst yönetici tarafından, kamu zararı bulunduğu dair karar verilmiş ise, zarara yol açan kişi yada kişilere ödeme tebligatı yapılır; sorumlunun kamu zararını bir ay içerisinde ödemesi istenir.

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 22. maddesine göre, kamu zararından doğan alacakların sorumlular tarafından ödenmemesi halinde genel hükümlere göre takibat yapılarak dava açılır.

bb-Mahalli İdarelerin İdari İşlemlerinin İçişleri Bakanlığınca Teftişi Sırasında Kamu Zararı Tespit Edilmesi

Belediye ve İl Özel İdarelerinin malî işlemleri dışında kalan diğer idari işlemleri, hukuka uygunluk ve idarenin bütünlüğü açısından İçişleri Bakanlığı tarafından da denetlenir. Diğer bir ifadeyle, mahalli idarelerin dış denetimi Sayıştay tarafından yapılmakta, idari işlemleri İçişleri Bakanlığı tarafından denetlenmektedir. 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 55. ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun 39. maddesine göre, belediye ve il özel idarelerinin teftişi sırasında hesap teftişi yapılmayacaktır. Bu hükümlere göre, İçişleri Bakanlığının mahallî idareler üzerinde yapacağı denetim, malî işlemler dışındaki diğer idari işlemlerle sınırlı bulunmaktadır.

10 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 48. maddesinde “ Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin hesap ve işlemlerinin denetimi sırasında denetçiler tarafından kamu zararına yol açan bir husus tespit edildiğinde sorumluların savunmaları alınarak mali yıl sonu itibariyle yargılamaya esas rapor düzenlenir.” hükmü bulunmaktadır.

Bakanlık merkez ve taşra birimlerinde ve mahalli idarelerde yapılacak olan teftişler sırasında kamu zararı tespit edilmesi mümkündür. Teftiş sırasında kamu zararı tespit edilmesi halinde, Mülkiye Teftiş Kurulu Çalışma Yönetmeliği'nin 83/c maddesi gereğince müfettişler tarafından "tazmin raporu" düzenlenecek; düzenlenen bu raporlar bakanlığa sunulacaktır. Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 7/2. maddesine göre, hazırlanan bu raporlar ilgililer hakkında işlem yapılmak üzere üst yöneticilere gönderilecektir. Mahalli idarelerdeki üst yöneticiler, il özel idarelerinde vali, belediyelerde belediye başkanlarıdır.

cc-Müfettişlerce Sayıştay'a Bildirimde Bulunulup Bulunulmayacağı Hususu

Özellikle mahalli idarelerin idari teftişi sırasında kamu zararı tespiti halinde Sayıştay'a bir tevdi yada inceleme raporu ile bildirimde bulunulup bulunulmayacağı hususunda tereddütler olduğu görülmektedir. Bu hususu, müfettiş raporlarının niteliğini vurgulayarak izah etmek gerekir. Müfettişler tarafından hazırlanan raporlar hazırlayıcı yada tavsiye niteliğinde raporlar olup, icrai niteliği bulunan işlemlerden değildir. Müfettişler tarafından hazırlanan bütün raporlar üzerine bir merciin yada kurulun karar vermesi gerekir. Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesinde, müfettişler tarafından tespit edilen zararların üst yöneticilerin değerlendirmesine tabi tutulması gerektiği hükme bağlanmıştır. Diğer bir ifade ile müfettiş raporlarını değerlendirmek üzere karar merci olarak üst yöneticiler belirlenmiştir. O halde, üst yöneticilerin icari nitelikteki kararlarına göre işlem yapılacaktır.

Diğer yandan Sayıştay'ın bir çalışma usulü vardır. Sayıştay, kurumdaki denetçileri eli ile denetim yaptırılmakta ve buna göre kesin hüküm vermektedir. Sayıştay Kanununun 48. maddesine göre hesaplar denetçiler eliyle incelenmekte olup, denetçilerin raporları üzerine rapor konusu hesaplar yargılanmak üzere dairelere verilmektedir.

Yeni yürürlüğe giren 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 46. maddesinde "Sayıştay, denetimler sırasında kamu idareleri hakkında hazırlanan diğer denetim raporlarından da yararlanır." hükmü getirilmiştir. Dikkat edilirse, diğer müfettiş raporlarından karar sırasında değil, denetimler sırasında yararlanılacağı görülmektedir. O halde, mahalli idare denetimleri sırasında tespit edilecek kamu zararlarının Sayıştay'a yapılacak tevdi raporu ile bildirilmesinin, hesapların ilama bağlanması sırasında dikkate alınması söz konusu olmayacaktır.

5018 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra, bir yönetmelik çıkarılmak suretiyle kamu zararı hakkında bir hukuki düzenleme yapılmış ve karar merci olarak üst yöneticiler gösterilmiştir. Ayrıca Sayıştay'ın hesapları yargılaması için öngörülen sistem farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanaatimize göre, mevcut bir hukuki düzenleme varken, mevzuatla düzenlenmeyen bir hususta tevdi yapılması mümkün değildir. O halde, mahalli idarelerle ilgili olarak teftişte bulunan müfettişler tarafından kamu zararı tespit edilirse, tazmin raporu düzenlenerek, üst yönetici olan Vali yada belediye başkanına bildirmek üzere İçişleri Bakanlığına sunulması gerekmektedir.¹¹

dd- Mahalli İdarelerin Başkanı Olan Vali ve Belediye Başkanı'nın Dahil Olduğu Bir Konuda Kamu Zararı Tespit Edilmesi

Mahalli idare birimleri başkanı olan vali veya belediye başkanları da yapacakları işlemlerle kamu zararına sebebiyet verebilirler. Vali veya belediye başkanlarının mahalli idarelerin başkanı sıfatıyla meydana getirdikleri kamu zararı, kontrol ve denetimler sırasında tespit edilmiş ise yapılacak işlem, yine bu birimlerin üst yöneticisi olarak belediye başkanlığı veya valiliğe bu konuda bildirimde bulunmaktır. Vali veya belediye başkanı gerekli değerlendirmeyi yapacak ve kamu zararının takip ve tahsiline yada takibine gerek olup olmadığına karar verecektir. Bu durumda, vali ve belediye başkanları hem kamu zararına sebep olan hem de aynı konuda karar veren konumundadırlar. Ancak 5018 sayılı Kanun'un 11. maddesinde mahalli idare yöneticilerinin meclislere karşı sorumlu oldukları ilkesi getirilmiştir.

Sayıştay ilamı yada mahkeme kararı ile kamu zararı tespit edilmiş ise, bu değerlendirme yapılmayacak, kamu zararını ödemeleri yönünde kendilerine gerekli tebligat yapılacaktır. Bu tür tebligatın yapılmaması yetkililerin idari ve cezai sorumluluğuna yol açacaktır. Bu tebligata rağmen ödeme yapılmaması halinde icra yoluna müracaat edilecektir.

2- ZARARININ SAYIŞTAY İLAMIYLA TESPİTİNDE UYGULANACAK USUL

Yargı kararları ve Sayıştay ilâmlarıyla tespit edilen kamu zararı alacakları değerlendirmeye tabi tutulmaz, merkezde strateji geliştirme birimlerince, taş-

11 Mülkiye Teftiş Kurulu Çalışma Yönetmeliği'nin 83/c maddesi gereğince müfettişler tarafından düzenlenecek tazmin raporları bakanlığa sunulacaktır.

rada ise takibe yetkili idare birimince doğrudan takip edilirler.

Sayıştay Kanununun 53. maddesinde, Sayıştay ilamlarının kesinleştikten sonra doksan gün içerisinde yerine getirilmesi gerektiği, ilam hükümlerinin yerine getirilmesinden üst yöneticilerin sorumlu olacağı ve ilamlarda gösterilen tazmin miktarının İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre tahsil olunacağı hükmü getirilmiştir.

O halde Sayıştay ilamı ile kamu zararı tespit edilmesi halinde, yetkili birimler tarafından gerekli tebligatlar yapılacak, sorumlular tarafından süresi içinde ödenmeyen kamu zararı için dava açılmayarak doğrudan icra yoluyla takibi yapılacaktır. Sayıştay ilamı ile kamu zararı tespit edilmiş ise sorumlunun maaşından doğrudan kesinti yapılamayacaktır. Zira tahsilat işlemleri 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre takip edileceğinden, 2004 sayılı Kanun'un 32. maddesine göre bu konudaki yetkili mercii icra dairesidir.

Sayıştay Kanunu'nun 53. maddesinde ödeme süresi olarak 90 gün öngörülmüştür. Oysa, Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 10/2. maddesinde ödeme süresi bir ay olarak belirlenmiştir. Yönetmelikte öngörülen bir aylık sürenin, kontrol, denetim veya inceleme sonucunda tespit edilen kamu zararı alacaklarının takibi için, Sayıştay Kanunu'nda öngörülen 90 günlük sürenin ise, Sayıştay ilamı ile tespit edilen kamu zararı alacaklarının takibi için uygulanması gerektiği düşünülmektedir.

3- ZARARININ YARGI KARARIYLA TESPİTİNDE UYGULANACAK USUL

Adlî, idarî ve askerî mahkemelerce hükme bağlanan kamu zararından doğan alacaklar için taraflara tebligat yapıldıktan sonra kararın kesinleşmesi beklenmez.¹² Yargılama sonucunda verilen tazmine ilişkin kararlar kamu idaresi tarafından doğrudan takip edilirler. Yönetmeliğin 15. maddesinde "Sayıştay ve mahkeme ilâmları ile hüküm altına alındığı halde sorumluları ve/veya ilgilileri tarafından rızaen ödenmeyen kamu zararından doğan alacaklar, 2004 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil edilir." hükmü getirilmiştir. Bu hüküm gereğince kamu zararından doğan alacağı ödemeyen sorumlular hakkında da icra yoluna müracaat edilir.

¹² HMUK 433. maddesi, temyiz, kararın icrasını durdurmaz. İcra ve İflâs Kanununun icranın geri bırakılmasıyla ilgili 36 ncı maddesi hükmü saklıdır hükmünü getirmektedir.

E-KAMU ZARARINDAN DOĞAN ALACAKLARIN TAHSİLİ USULLERİ

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 12. maddesine göre kamu zararından doğan alacaklar, sorumlulardan üç şekilde tahsil olunur. Sorumlu kendi rızası ile kamu zararını ödeyebilir yada borç takas yolu ile de kapatılabilir. Rızaen ödenmeyen alacaklar icra yoluyla tahsil edilir. Buradaki icra yolu 6183 sayılı Kanunda öngörülen icra yolu değil, tamamen İcra İflas Kanunu'nda öngörülen icra yoludur. İcra yolu gerekliliği, kamu zararı sebebiyle oluşan alacağın kamu alacağı değil, haksız fiil esaslarına göre oluşan bir alacak olmasından kaynaklanmaktadır.

1-RIZAEN VE SULH YOLU İLE TAHSİLAT

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 13. maddesine göre, kamu zararından doğan alacaklar, sorumluları tarafından rızaen veya sulh yoluyla ödenebilir.

Rızaen Tahsilat

Oluştğu tarih itibarıyla onaltı yaşından büyükler için tespit edilen asgarî ücretin bir aylık brüt tutarının yarısını geçmeyen alacaklar, üst yöneticinin izni ve sorumlunun kabul etmesi şartıyla aylığından kesilerek rızaen tahsil edilir.

Bu tutarları aşan alacağın ödenmesi ile ilgili olarak mevzuat çerçevesinde sulh yoluna gidilebileceği belirtilmiştir.

b-Sulh Yoluyla Tahsilat

Sulh esasen bir anlaşmadır ve sulh yolunda bir pazarlık söz konusudur. Çoğu zaman da yapılan pazarlık üzerine, ödenecek miktar tespit edilen kamu zararından aşağıya çekilmektedir. Bu sebeple, idarelerin teşkilat yapılarını düzenleyen kanunlarda, sulh yapmaya yetkili mercilere ayrıca yer verilmiştir.

Sulh yapmaya yetkili merciler kurumların mevzuatlarında ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre, genel bütçeye tabi kuruluşlar, özel idareler, belediyeler ve diğer kuruluşların sulh yapmaya yetkili mercileri ilgili mevzuatlarında belirlenmiştir.

Genel bütçeye dahil kuruluşlar için 4353 sayılı Kanun'un 31. maddesi gereğince ihtilafların sulh yoluyla hallinde yetkili merci bakanlıklar olarak belirlenmiştir. Bu hükme göre, mahkemeye intikal etmemiş hukuki anlaşmazlıkların sulh yoluyla hallinde menfaat görüldüğü takdirde Başhukuk Müşavirinin mü-talaasına istinaden 50.000.000 liraya kadar olan anlaşmalar için bakanlıklar

yetkili kılınmıştır. Ancak bakanlıklar bu yetkilerini alt makamlara devredebilirler.

Belediyeler için yapılan düzenlemeye, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 18/h maddesinde rastlanmaktadır. Bu maddeye göre, vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beşbin YTL'den fazla dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarını sulh ile tasfiyeye, kabul ve feragat karar vermek belediye meclisinin görevleri arasında sayılmıştır.

Bize göre, Belediye Kanunu'nda yapılan düzenleme eksiktir. Zira 5000 TL'nin altında kalan uyuşmazlıklarda karar merci belirlenmemiştir. Memurların vermiş oldukları zararlarla ilgili olarak memur sulh yolu ile zararı karşılamak isteyebilir. Bu durumda ne yapılacaktır? Kanaatimizce, bu durumda da yine belediye meclisinin kararı aranmalıdır. Çünkü, 5000 TL'nin üzerinde ve dava konusu yapılmış bir konuda karar vermekle yetkili olan bir merci, daha altındaki bir miktar için evleviyetle sulha karar vermeye yetkili olmalıdır.

5393 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemenin, 4353 sayılı Kanun'dakinden bir farkı ise ihtilafın dava konusu yapılmış olması halidir. 5393 sayılı Kanun'a göre ancak yargı önüne gitmiş ihtilafların halinde sulh yolu öngörülmüştür. Dava yolu pahalı bir yoldur; ancak bu hükümde bir üst sınır belirlenmediğinden, dava konusu yapılmamış ihtilafların sulh yoluyla çözülmesinin doğru olmadığı düşünülmektedir.

Özel idareler için yapılan düzenleme ise, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 26/f maddesinde yer almaktadır. Bu düzenleme Belediye Kanunu'na göre farklılık arz etmektedir. "Vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beşmilyar Türk Lirasına kadar olan ihtilafların sulhen haline karar vermek." encümenin görevleri arasında sayılmıştır. Burada ifade edilen beş milyar TL'nin 5000 TL olarak anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. 5000 TL'ye kadar olan sulhler için özel idare encümeni karar verebilecektir. Bu rakamın üzerinde ise sulh yapılamayacaktır. Zira kanun sulh yapma miktarını kanunla sınırlamıştır.

Diğer kurumların teşkilat kanunlarında hangi mercie yetki verilmiş ise, bu merciin kararıyla kamu zararının sulh yoluyla tahsili mümkün olacaktır.

Eğer sulh yoluna gidilmiş ise, kamu zararı sulh işleminin kesinleştiği tarihi izleyen aybaşından itibaren sorumlunun veya ilgilinin aylığından kesilerek tahsil edilebilir. Aylıklardan yapılacak kesinti tutarı, sorumlulara yapılan her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dahil bir aylık net ödemelerinin dörtte birinden az, üçte birinden çok olamaz.

2-TAKAS SURETİYLE TAHSİLAT

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 14. maddesine göre, kamu zararı alacakları, sorumluların ve ilgililerin kamu idaresiyle olan özel hukuk ilişkilerinden doğan alacaklarından, 818 sayılı Kanun hükümlerine göre takas suretiyle tahsil edilebilir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 118-124 üncü maddelerinde takasa dair düzenlemeler yer almaktadır.¹³ Bu hükümlere göre bir alacağın takas suretiyle tahsil edilebilmesi için, kurum ile borçlu olan kişinin karşılıklı olarak alacaklı ve borçlu durumunda olmaları gerekir. Takas edilecek olan karşılıklı borç ve alacağın nakit olması, takas edilecek olan karşılıklı borç ve alacağın her ikisinin de vadesi gelmiş olması ve takas yapılmadan önce borçluya, alacağının borcuna takas suretiyle mahsup edileceğinin bir yazı ile bildirilmesi veya alacağının talep ettiği zaman borcu ile takas edileceğinin beyan edilmesi gerekir.

Borç ve alacaktan birisi şarta bağlanmışsa veya henüz vadesi gelmemişse takas yapılamaz. Ancak, borçlunun istemi üzerine vadesi gelmemiş borçlarına mahsup yapılabilir. Herhangi bir şahsın borcu, o şahsın ortak bulunduğu şirketin kurumdan alacağı ile takas edilemez.

Borçlar Kanununun 123 üncü maddesi gereğince,¹⁴ saklanmak için bırakılmış veya haksız olarak alınmış bir şeyin verilmesine veya karşılığının ödenmesine ilişkin alacaklar, nafaka veya işçi ücreti gibi borçlunun ve ailesinin geçimi için gerekli olup özel niteliği bakımından doğrudan doğruya alacaklıya ödenmesi gereken alacaklar ve Devlet, il ve köyler lehine olarak kamu hukukundan doğan alacaklar takas edilemez.

Borçluların rızaen ödemeyi yazılı olarak kabul etmeleri halinde, takas suretiyle tahsilat yapılabilir.

3-İCRA YOLUYLA TAHSİLAT

Yönetmeliğin 15. Maddesinde, Sayıştay ve mahkeme ilâmları ile hüküm altına alındığı halde sorumluları tarafından rızaen ödenmeyen kamu zararından doğan alacakların, icra yoluyla tahsil edileceği hükme bağlanmıştır. Denetim elemanları yada Sayıştay denetçileri tarafından tespit edilmiş olan kamu zararları için doğrudan icra yoluna gidilmesi mümkün görünmemektedir. Bu

13 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 139-145. maddelerinde düzenlenmiştir.

14 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 144. maddesinde düzenlenmiştir.

durumda sorumluları tarafından rızaen ödenmeyen kamu zararından doğan alacaklar için dava yoluna gidilmesi gerekmektedir.

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesine göre, kamu zararına neden olan mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmalin yapıldığı malî yıla ilişkin hesap ve işlemlerin Sayıştay tarafından onanmış olması, tespit edilen kamu zararından doğan alacağın takip ve tahsiline engel teşkil etmez.

F-DEVLET MEMURLARININ VERDİKLERİ ZARARLARIN TAHSİLİ USULÜ

Memurların, kasit, kusur, ihmal ve tedbirsizlik sonucu idareye veya devlet malına verdikleri zararlar kamu zararıdır ve memurlardan tahsil edilir. Memurların görevleri sırasında üçüncü kişilere zarar vermeleri halinde, ilgililerin zararları mahkeme kararına istinaden kurumları tarafından ödenmiş ise kurumların memurlara rücu hakkı bulunmaktadır.¹⁵ Bu durumda, "Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik" hükümleri uygulanacaktır. Ancak taşınır mallarla ilgili olarak Taşınır Mal Yönetmeliğinin 5. maddesinin 5. bendinde bir istisna getirilmiştir. Şöyle ki; "Taşınırın muhafazasından ve yönetilmesinden sorumlu olanların, gerekli tedbirlerin alınmaması veya özenin gösterilmemesi nedeniyle taşınırın kullanılmaz hale gelmesi veya yok olması sonucunda sebep oldukları kamu zararları hakkında, ... Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümleri uygulanır." O halde taşınır malların muhafazasından sorumlu olanların taşınırın zarar görmesine sebep olmaları halinde "Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik" değil, Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümleri uygulanacak.

¹⁵ Danıştay 5.D. 25.12.2001 tarih ve E:1998/1970-K:2001/5153 sayılı kararı;

"Ancak idare adına verilen kararlarla ortaya çıkan ve yukarıda idarenin ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilen "yargı kararını uygulamama" eyleminin, gerçekte bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğduğu açıktır. ..

Davacı hakkında tesis edilen bir dizi işlemin, Sermaye Piyasası Kurulu Başkanı ve diğer yetkililerinin kişisel kusurları dışında, kasta dayalı olmayan hukuki hata olarak nitelendirilmesine olanak bulunmamaktadır. Dolayısıyla hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, olayda kişisel kusuru ve sorumluluğu saptanacak ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasadan kaynaklanan bir zorunluluktur." <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>. 02.07.2010.

Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelikte, zararın miktarı esas alınarak iki farklı uygulama öngörülmüştür. Zararın miktarının "en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını" geçmemiş olması hali ve bu rakamı geçmiş olması hali.

1-ZARARIN MİKTARININ DÜŞÜK MAAŞLI MEMURUN AYLIĞI-NIN YARISINI GEÇMEMİŞ OLMASI HALİ

Zararın miktarı "en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını" geçmemiş ise, zarar memurun rızası ile tahsil edilebilir. Bize göre, bu durumda kamu zararının tespiti konusunda önce idari mercii yada disiplin kurulunun karar alması gerekmektedir. Eğer bir zarar tespit edilmiş ise, idare öncelikle bu zararın varlığı konusunda bir karar vermelidir. Böyle bir kararın gerekliliği şu açıdan önemlidir. Bu zararın tespiti çoğu zaman müfettiş, kontrolör, denetçi gibi görevlilerin denetimleri sırasında ortaya çıkmaktadır. Ancak bu görevlilerin hazırladıkları raporlar icrai nitelik taşımazlar. Bu yüzden disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu, alacakları kararlar ile bu zararın varlığını tespit edecekler ve işleme icrailik niteliği kazandıracaklardır.

Bu kararda ilgili memurun rızasının bulunması halinde zararın maaşından kesilerek karşılanmasına, kabul etmemesi halinde yargı yoluna müracaat edilmesi gerektiğine karar verilmelidir. Alınacak kararla zarar miktarı icrai biçimde tespit edilecektir. Bu miktar üzerinde pazarlık yapılması söz konusu olamayacaktır. Eğer kamu zararı memur tarafından rızaen ödenmez ise, yargı yoluna müracaat edilerek zararın tahsili sağlanacaktır.

Yönetmelik devlet memurlarınca verilmiş kamu zararının tahsili konusunda iki merciin kararından bahsetmiştir. Bunlar memurun amiri veya disiplin kuruludur. Bir anlamda memurların meydana getirdikleri zararlarla ilgili olarak disiplin hükümleri ile bağlantı kurulmuştur. Gerçekten de memurlarla ilgili disiplin hükümleri kamu zararı konusunda düzenlemeler getirmiştir. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/B-f maddesinde " Devlete ait resmi belge, araç, gereç ve benzeri eşyayı kaybetmek," kınama cezası ile tecziye edilecek bir disiplin suçu olarak belirlenmiştir. Memur verdiği bu zararın karşılanmasına rıza gösterir ise disiplin amiri uygulayacağı ceza yanında bu zararın tazminine de karar verebilir.

Bunun yanında, Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü 6/B-6 maddesinde "Teslim aldığı her çeşit motorlu araç, makine, cihaz ve teçhizatla kusuru ile hasara

sebepl olmak." kısa süreli durdurma cezasını gerektirmektedir. Bu durumda verilen zarar "en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını" geçmemiş ise, memurun rızası halinde, İl Emniyet Disiplin Kurulu kararı ile verilen zararın tazminine karar verilebilir.

2-ZARARIN MİKTARININ DÜŞÜK MAAŞLI MEMURUN AYLIĞI-NIN YARISINDAN FAZLA OLMASI HALİ

"En alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını" aşan zararlar ise genel hükümlere göre tahsil edilecektir. Yönetmelik burada iki farklı düzenleme öngörmüştür. Zararın hükmen tahsili yada sulh yolu ile tahsili.

Biz bu durumda da, önce idari merciin yada disiplin kurulunun karar alması gerektiğini düşünüyoruz. Bu husus, Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te zikredilen üst yöneticinin kararına paralellik arz eder ve tazmine icrai bir nitelik kazandırır.

a- Sulh Yolu İle Tahsilat

Memurun davranışı ile "en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını" aşan bir zarar meydana gelmiş ise, memura bu durumda sulh yolu hakkı tanınmıştır. Sulh yolunda belirlenen miktar üzerinden pazarlık söz konusu olabilecektir.

"Bununla birlikte memurun zarar miktarına itiraz hakkı vardır, sulh yoluyla tazmin usulünde pazarlık söz konusudur. Diğer yandan sulh yapmaya yetkili makam da disiplin amiri ya da yetkili disiplin kurulu değil, kurumların kendi mevzuatlarında sulh yapmaya yetkili olarak belirlenmiş olan makam ve kurullar olmaktadır."¹⁶

Sulh yapmaya yetkili mercileri genel bütçeye tabi kuruluşların, özel idarelerin, belediyelerin ve diğer kuruluşların ilgili mevzuatları ayrı ayrı belirlemiştir. Sulh yoluyla tazmin hakkında hangi mercilerin yetkili olduğu hususunda yukarıda ayrıntılı bilgi verilmiştir.

b- Hükmen Tahsilat

"En alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının

16 <http://www.ekitapyayin.com/id/043/ikincibolum3.htm>. 22.05.2010.

yarısını" aşan zararlar için memur sulh yolu ile ödemeyi kabul etmez ise zararın hükmen tahsili sağlanacaktır. Bu durumda devlet memurları tarafından verilen zarar, haksız fiil hükümleri kapsamında değerlendirilerek genel hükümlere müracaat edilmelidir. Bu durumda, kamu zararına yol açan memur hakkında adliye mahkemelerinde dava açılması gerekmektedir.¹⁷

G- MEMUR MAAŞLARINDAN DOĞRUDAN YAPILACAK TAHSİLAT

Uygulamada sıklıkla denetim elemanlarının raporları üzerine yada Sayıştay kararı veya mahkeme kararları üzerine kamu zararına yola açan memurların maaşlarından kesinti yapıldığı görülmektedir.

Kamu idareleri, kamu zararına ilişkin alacakları rızası ile ödemeyen memurlar hakkında, adli mercilere müracaat etmeden yada icra yoluna gitmeden, doğrudan memurun maaşından kesinti yapamazlar. Danıştay 5. Dairesi de 2002 yılında verdiği bir kararda memur maaşlarından doğrudan kesinti yapılmayacağı yönünde karar vermiştir. Danıştay 5. Dairesi;

"657 sayılı Yasanın 12. maddesi uyarınca idarelerin görevlilerce verilen zararı sulh yoluyla veya hükmen tahsil yolu haricinde; kanunda belirtilen rakamın üzerindeki bir miktar için bu paranın ödenmesi yönünde doğrudan bir işlem tesis etme veya söz konusu zararı veya idarece zarar kabul edilen miktarını tahsil etme olanağı bulunmadığı; dava konusu olayda; kanunda ve yönetmelikte yer alan en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısından fazla olan bir miktar için (... lira) doğrudan tahsil yoluna gitme imkanı bulunmamakta olup, sulh yoluyla veya bu konudaki genel hükümlere göre olduğu varsayılan zararın tahsili yoluna gidilmesi gerekirken, doğrudan defterdarlığa ödenmesi yolunda tesis edilen dava konusu işlemde yasaya uyarlık bulunmadığı(na)..."¹⁸ karar vermiştir.

17 Danıştay 12. D. 28.11.2006 tarih ve E:2004/792-K:2006/5532 sayılı kararında,

"Davacının Mazgirt İlçe Emniyet Amirliğinde görevli iken 14.10.2002 tarihinde görevi nedeniyle kullandığı Akrep Land araçla gittiği Mazgirt köprüsü Jandarma noktasında ilçeye dönüşünden sonra aracın kızılotesi farının ve sol çamurluğunun hasar gördüğünün saptanması üzerine... davacıdan araçta meydana gelen zararı tazmin etmesi istenilmiş ise de; memurun görevi sırasında meydana gelen bu zarar için idarece Adliye Mahkemesinde tazminat davası açılıp bu davanın sonucuna göre söz konusu zarar miktarının tazmin ettirilmesi mümkün bulunmaktadır. Bu nedenle, Mahkemece belirtilen husus göz ardı edilerek zararlar eylem arasında illiyet bağı bulunmadığından bahisle işlemin iptaline hükmedilmesinde gerekçe yönünden hukuki isabet bulunmamakla birlikte karar, sonucu itibarıyla yerinde görülmüştür." <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> 02.07.2010.

18 Danıştay 5.D. 05.11.2002 tarih ve E:2002/685-K:2002/4205 sayılı kararı, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> 17.09.2009.

Kamu idareleri eğer icra yoluna gitmeden doğrudan memurun maaşından kesinti yaparlarsa, sorumlular konuyu idari yargıya götürerek bu kararı iptal ettirebilirler. Zira yapılan işlem hukuka aykırı olacaktır.

H-ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN VERECEKLERİ ZARARLARIN TAHSİLİ USULÜ

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 5/2. maddesinde "Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararının geri ödenmesi sürecine, kamu görevlileri ile birlikte ilgililer de dahil edilir." denilmektedir. O halde üçüncü kişilerin verdiği zararlar hakkında da tazmin hükümleri uygulanmalı, kendilerine yapılan tebligata rağmen ödeme yapmayanlar hakkında adli yargıda dava açılması gerekmektedir.

I-YARGI YERİ ve DAVA EHLİYETİ

1-YARGI YERİ

Kontrol, denetim ve inceleme sonucunda tespit edilerek kamu idarelerine bildirilen kamu zararlarının sorumluları tarafından ödenmemesi halinde genel hükümlere göre dava açılması gerekmektedir. Davalar, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre adliye mahkemelerinde açılacaktır.

Danıştay 12. Dairesi 28.11.2006 tarih ve E:2004/792-K:2006/5532 sayılı kararında, bu hususu teyit eden bir karar vermiştir.

"Dava, polis memuru olarak görev yapan davacının, görevinin ifası sırasında sevk ve idaresindeki resmi araçta meydana gelen hasar sebebiyle... dava konusu işlemin, araçta oluşan zararın tazmini istemine gelince;

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12. maddesinin ikinci fıkrasında; Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesinin esas olduğu, aynı maddenin üçüncü fıkrasında da; zararların ödettirilmesinde bu konudaki genel hükümlerin uygulanacağı hükmüne yer verilmiştir.

Dava konusu işlemde, davacıdan araçta meydana gelen zararı tazmin etmesi istenilmiş ise de; memurun görevi sırasında meydana gelen bu zarar için idarece Adliye Mahkemesinde tazminat davası açılıp bu davanın sonucuna göre

söz konusu zarar miktarının tazmin ettirilmesi mümkün bulunmaktadır..."¹⁹

O halde, denetim elemanları tarafından tespit edilen ve üst yöneticiler tarafından karara bağlanan kamu zararlarının sorumluları tarafından ödenmesi halinde davalar haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre adliye mahkemelerinde açılacaktır. Sayıştay ilamı veya mahkeme kararları ile kamu zararı tespit edilmiş, ancak bu zarar rızaen ödenmemiş ise yeniden dava açılmayacak, sorumlu veya ilgililer hakkında icra işlemi yapılacaktır. İcra işlemi kamu kurumu tarafından sorumluların maaşlarından kesilmek suretiyle yapılmayacak, icra dairesine müracaat edilecektir.

2- DAVA EHLİYETİ

Dava ehliyeti yönünden esas itibarıyla bir sorun görülmemektedir. Dava ehliyeti yönünden genel hükümler geçerlidir. Ancak dava ehliyeti yönünden problemleri görünen konu, kontrol ve denetim sırasında halen görevli olan üst yöneticilerin sorumlulukları bulunduğu tespit edilmesi halidir. Daha önceki görevlilerin kamu zararına sebebiyet verdikleri tespit edilmiş ise, mevcut yetkililer konu hakkında karar vereceklerinden bu konuda herhangi bir sorun bulunmamaktadır.

"Dava açma ehliyeti, halen görevde olan Vali, Belediye Başkanı ve Birlik Başkanının söz konusu idarelere verdiği zararlarda bir sorun olarak gündeme gelmektedir. Bu idarelerin daha önceki temsilcileri ve personeli tarafından verilen zararların tazmini açısından bir dava açma ehliyeti sorunu yoktur."²⁰

Üst yöneticilerin kamu zararından sorumlulukları ile ilgili olarak kararı yine aynı üst yöneticiler vereceğinden, pratik olarak böyle bir dava yolu mümkün görünmemektedir. Ancak velev ki kamu zararının bulunduğu karar verilmiş, ancak rızaen ödenmemiş ise yönetmeliğin 10/6. maddesi hükümlerine göre, karar merkezde strateji geliştirme birimince, taşrada ilgili takip birimince, alacağın hükmen tahsili için yetkili hukuk birimine gönderilecektir. Hukuk birimince adliye mahkemesinde dava açılacaktır.

19 <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> 02.07.2010.

20 Tuncer/Yüksel, <http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/userfiles/Vali.doc>. 01.03.2011.

3- ÜST YÖNETİCİ KARARLARININ İDARİ DAVA KONUSU YAPILIP YAPILAMAYACAĞI

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesine göre, kamu zararına yol açtıkları gerekçesiyle kendilerine tebligat yapılan sorumluların, bu hususa itiraz etmeleri mümkündür; diğer bir deyişle kamu zararı kararına karşı bir itiraz yolu öngörülmüştür. Burada, itiraz yolu öngörülmekle idari dava yolu kapanmış mıdır sorusu akla gelmektedir. Daha önce de ifade edildiği gibi bu hususta tebliğ edilen işlemin kesin ve yürütülmesi gereken işlem olup olmadığı hususu önemlidir.

“ Bir işlemin iptal davasına konu olabilmesi için, idarenin bir işlemi olması yeterli değildir. Bir işlemin, aynı zamanda ‘etkili olması’ alışılmış deyimini ile ‘icrai’ olması, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun deyimini ile ‘yürütülmesi gereken bir işlem olması’ gerekir” (Tan ve Gözübüyük, 2003:302).

O halde, üst yöneticinin verdiği kamu zararının takip ve tahsiline dair karar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 14. maddesine göre kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem sayılır ise dava konusu yapılabilecektir.

Danıştay 5.Dairesi verdiği bir kararda bu tür işlemleri kesin ve yürütülmesi gereken işlem saymamıştır:

“ Dava; halen emekli olan davacının, Ankara Jandarma Saymanlık Müdürlüğünde muhasebe memuru olarak görev yapmakta iken, Muhasebat Kontrolörünce düzenlenen rapora dayanılarak, ... Limited Şirketi’ne yapılan fazla ödemeler nedeniyle oluşan ... Hazine zararından müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğunun bildirilmesine ilişkin 18.10.2002 günlü, 1562 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Dava konusu edilen işlemde yer alan, bahsi geçen ilaç firmasına protokollerle belirlenen miktardan fazla ödeme yapılması nedeniyle doğan zarardan davacının müşterek ve müteselsilen sorumlu olduğu yolundaki ifadenin; zararın davacı tarafından rızaen ödenmediği takdirde genel hükümler uygulanmak suretiyle tahsili yoluna gidileceği anlamını içerdiği ve bu haliyle de davaya konu edilen işlemin uygulanması zorunlu nitelik taşımadığı ortadadır. Dolayısıyla idari davaya konu edilebilecek nitelikte olmayan işleme karşı açılan davanın esası incelenerek verilen temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.”²¹

21 Danıştay 5.D. 26.05.2006 tarih ve E:2003/2431-K:2006/2802 sayılı kararı,
<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>. 17.09.2009.

Danıştay kararında da belirtildiği gibi bu tür kararlar kesin ve yürütülmesi gereken işlemler değildir. Zira sorumlu yada ilgilinin tespit edilen kamu zararını ödememesi halinde genel hükümlere müracaat edilmesi diğer bir ifade ile dava açılması yada icra yoluna gidilmesi gerekmektedir.

İcrai olmayan işlemler üzerine yazılan bir makalede, icrai ve kesin işlemler birbirinden ayrılmaktadır. Buna göre;

“Kesin” (nihai – final) ve “icrai” (yürütülebilir – executive) kavramları birbirinden farklı nitelermelerdir. Danıştay bu ayrımı şu şekilde yapmıştır: “... idari işlemin kesinliği, idari prosedürün son aşamasının da bitirilmiş olmasını, yani hukuki sonuç yaratabilmesi için bir başka idari makamın onayına gereksinimi bulunmamasını; yürütülmesinin zorunlu olması da, hukuk düzeninde değişiklik meydana getirecek biçimde uygulanmasının gerekli olmasını ifade etmektedir” ve “İdare hukukunda, kamu gücünün, idare edilenler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etki yaratan işlemler, icrai (yürütülmesi gerekli) işlemler; idari karar alma sürecinde başkaca bir aşamadan geçmesine gerek kalmayan, yani nihai nitelikte olan işlemler ise, kesin işlemler olarak tanımlanmaktadır” (Kaya, 2005:255).

O halde, kamu zararına ilişkin üst yöneticilerin kararları icrai karar olmakla birlikte kesin işlemler değildir. Zira sorumlu yada ilgilinin tespit edilen kamu zararını ödememesi halinde dava açılması yada icra yoluna gidilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, kendisine kamu zararını ödemesi yönünde tebligat yapılan sorumlu yada ilgililer kesin olmayan bu idari işlemi dava konusu yapamazlar. Ancak kararın itiraz konusu yapılması mümkündür.

SONUÇ

Kamunun yada bireylerin malvarlıklarında iradeleri dışında meydana gelen eksilmelere zarar denilmektedir. Kamu zararı ise, mevzuata aykırı olarak eylem ve işlem tesis etmek suretiyle kamu kaynağında eksilmeler ortaya çıkması biçiminde gerçekleşebileceği gibi, devlet memurları yada üçüncü kişiler tarafından kamu mallarına verilen zararlar biçiminde de gerçekleşebilir. Kamu zararı, 5018 sayılı Kanunda tanımlanmıştır. Bu tanıma göre “Kamu zararı, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.”

Mevzuatımızda, kamu zararı amme alacağı sayılmamıştır. Zira, kamu zararının tahsili ile sağlanan gelir, kamu hizmetlerinin finansmanı sağlayacak gelirlere değildir. Ayrıca, zararlar ilgili düzenlemeler içeren haksız fiil veya sebep-

siz zenginleşme hükümlerinin Borçlar Kanunu'nda düzenlendiği, bu sebeple zararın özel hukuk kavramı olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Kamu zararı, yapılan kontrol ve denetimler sırasında ortaya çıkarılabileceği gibi, Sayıştay kararı yada mahkeme kararı ile de tespit edilebilir. Tespit şekillerine göre kamu zararının tahsili, ilgili yönetmeliklerle farklı hükümlere tabi tutulmuşlardır.

Bu makalede, mevzuattan ve uygulamadan kaynaklanan problemlere yer verilerek çözüm önerileri sunulmuştur. Mevzuatta görülen en önemli eksiklik üst yöneticinin kamu zararına yol açması halidir. Zira bu durumda üst yönetici hem kamu zararına yol açan, hem de kamu zararının tahsil edilip edilmeyeceğine karar veren merci durumundadır. Üst yöneticilerin yapacakları işlemlerle kamu zararına sebebiyet vermeleri halinde, bu durumun üst yöneticiye bildirilip bildirilmeyeceği yönünde duraksamalar bulunmaktadır. Üst yöneticiler, kamu zararına yol açan kamu görevlileri içerisinde bulunsalar bile, konu üst yöneticiye intikal ettirilmelidir. Üst yönetici gerekli değerlendirmeyi yapacak ve kamu zararının takip ve tahsiline yada takibine gerek olup olmadığına karar verecektir. Bu durumda üst yönetici Müsteşar ise Bakan'a karşı, mahalli idare yöneticisi ise meclisine karşı sorumlu olduğu ilkesine göre hareket edilmelidir.

Ayrıca benzer konuları düzenleyen iki yönetmeliğin farklı kavramlar üzerinden hareket ettiği görülmektedir. Örneğin Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te "asgari ücret" esas alınarak düzenlemeler yapılmış iken, Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelikte "en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığı" kıstas olarak belirlenmiştir. Yine ilk yönetmelik karar merci olarak üst yönetici kavramına yer verirken, ikinci yönetmelik karar merci olarak disiplin amiri ve disiplin kurullarından bahsetmektedir. Bize göre her iki yönetmelikte düzenlenen hususlar birleştirilmeli yada benzer kavramlar üzerine oturtulması sağlanmalıdır.

Yine, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarında bir kamu zararı meydana gelmesi halinde, vakıfların özel hukuk hükümlerine tabi ve özel bir yapıya sahip olmaları sebebiyle, zararın tahsil edilmesine karar vermeye yetkili merci yöneticiler değil, karar organı olan mütevellî heyetleri olacaktır.

Mevzuattan kaynaklanan problemler yanında, uygulamadan kaynaklanan problemler bulunmaktadır. Özellikle mahalli idarelerde üst yöneticinin kamu zararına yol açtığına tespiti halinde, uygulamada kamu zararının, düzenlene-

cek bir raporla Sayıştay'a tevdi edilmesine yönelik bir eğilim bulunmaktadır. Ancak hukukumuzda kamu zararlarının tahsili usulü konusunda özel bir düzenleme yapılmıştır. Böyle bir düzenleme varken, mevzuatla düzenlenmemiş bir yöntemle tevdi yapılması mümkün görünmemektedir. Ayrıca Sayıştay'ın kendine has bir çalışma usulü bulunmakta olup, tevdi yöntemi ile örtüşmemektedir. Bu sebeplerle tespit edilen kamu zararları ile ilgili olarak konunun Sayıştay'a tevdi edilemeyeceği kanaatine varılmıştır.

Yine kamu zararına yol açan kamu görevlilerinin maaşlarından doğrudan kesinti yapılması hususu uygulamadan kaynaklanan problemlerden biridir. Mevzuatımıza göre, kamu zararı meydana geldiği tespit edilse bile, görevlilerinin rızası olmadan maaşlarından doğrudan kesinti yapılamayacaktır. Yine Sayıştay ilamı yada yargı kararı bulursa dahi, memurların muvafakat etmemeleri halinde, maaşlarından doğrudan kesinti yapılmaması, icra yoluna müracaat edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ Bahtiyar (2004). İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya.

ARSLAN Çetin (2003). Kamu (Amme) Alacaklarında Gecikme Zammı ve Faiz, Türk İdare Dergisi, Yıl 75, Sayı.440.

BAĞDATLI Selahattin (1997). Hukuk Sözlüğü, Der Yayınları, İstanbul, s. 480.

ÇELİK Binnur (2000). Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara.

EREN Fikret (2001). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul.

GÜNDAY Metin (2002). İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara.

KANETİ Selim (1989). Vergi Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, Karakoç Yusuf, İstanbul.

KAYA Cemil (2005). Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık, C.IX, S.1-2.

NALİŞ Seyfettin (1971). Belediye ve Özel İdarelerde Kişi Borçları ve Bunların Sorumlularından Takip ve Tahsili Usulleri ile Uygulamada Karşılaşılan Güçlükler, İnceleme ve Araştırma Raporu, Sayı 50-8, Ankara.

TAN Turgut/ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref (2003). İdare Hukuku C.2, İdari Yargılama Hukuku, Türhan Kitabevi, Ankara.

TUNCER Ali Hikmet/YÜKSEL Ali (2011). Valinin İl Özel İdaresine, Belediye Başkanının Belediye İdaresine, Mahalli İdareler Birlik Başkanlarının Birlik İdaresine Verdikleri Zararların Tazmini İçin İl Özel İdaresi, Belediye veya Birlik Tüzel Kişiliği Adına Dava Açma Ehliyetinin Kullanılmasına ve Bu Davanın Giderlerinin Karşılmasına İlişkin Sorunlar, <http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/userfiles/Vali.doc>.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>. (17.09.2009)

<http://www.ekitapyayin.com/id/043/ikincibolum3.htm>. (22.05.2010)

<http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=zarar&ayn> (01.03.2011)

<http://www.sayistay.gov.tr/karar/DKK/DKK3.asp?ID=148>. (01.03.2011)

<http://www.yargitay.gov.tr> (24.02.2011)