



PANEL

KAMU ZARARI



24 Mayıs 2012- Ankara

Moderatör

Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

Katılımcılar

Doç. Dr. Türker SUSMUŞ (Ege Üniv.)
Yrd. Doç. Dr. Uğur ERİŞ (Çankaya Üniv.)
Yrd. Doç. Dr. Elvin ÖZCAN (Bilkent Üniv.)
Yrd. Doç. Dr. Barış ÖZÇELİK (Bilkent Üniv.)





PANEL KAMU ZARARI



24 Mayıs 2012

Ankara

ISBN: 978-975-7590-07-1

SUNUŞ

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile mevzuatımıza giren kamu zararı kavramının, açılımları, kapsamı ve mali yönetim ile denetim dünyamızda yeri hâlen tartışılmaktadır. Kamu zararı ve sorumluluk meselesinin bugüne değin yoğun olarak tartışılmasının nedeni kamu zararı kavramının sadece Sayıştay Kanunu ve 5018 sayılı Yasa ile sınırlı bir kavram olmamasından kaynaklanmaktadır. Başta Ceza Hukuku olmak üzere pek çok disiplini ilgilendirmektedir.



Bu anlamda kamu zararının çok boyutlu ve derinlikli tartışılmasının önemi büyüktür. Çünkü kavramın, idare, sorumluluk, denetim gibi pek çok alanda yerli yerine oturtulması, hukuki boyutunun irdelenmesi gerekmektedir.

İşte bu gereklilikten yola çıkan Kurumumuz, 24 Mayıs 2012 tarihinde, moderatörlüğünü Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. M. Kamil Mutluer'in yaptığı ve Ege Üniversitesinden Doç. Dr. Türker Susmuş, Çankaya Üniversitesinden Yrd. Doç. Uğur Eriş, Bilkent Üniversitesinden Yrd. Doç. Dr. Elvin Özcan ve Yrd. Doç. Dr. Barış Özçelik'in konuşmacı olarak katıldığı "Kamu Zararı" konulu bir panel düzenlemiştir. Geniş katılımlı ve soru-cevap şeklinde gerçekleşen panel her açıdan yararlı olmuştur.

150. yıl kutlama etkinlikleri çerçevesinde gerçekleşen bu panelin önemi ve işlevi nedeniyle hem elektronik ortamda hem de basılı yayın olarak paylaşıma sunulmasının gerekli olduğu düşünülmüş ve konuşmalar yazıya aktarılmış, gerekli hazırlıklar yapıldıktan sonra yayıma hazır hâle getirilmiştir. Böylece panele katılamayanlar için de bir başvuru kaynağı olması amaçlanmıştır.

Bu bağlamda, başta panelistlerimiz olmak üzere, panelde emeği geçenlere, kitap oluşumunun her aşamasında katkısı olanlara şükranlarımı sunuyorum.

Doç. Dr. Recai Akyel

Sayıştay Başkanı

BİRİNCİ OTURUM



Moderatör**Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER¹**

150 yıllık mazisi olan bu güzide Kurumun sayın Başkanı ve değerli dostlarım: Oturumu açarken hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Kamu zararı konusu çok çetin ve zor bir konudur. Bu konu beni yıllar öncesine, öğrenciliğime götürdü. O zaman kamu maliyesi hocamız rahmetli Nihat Sayar sene 53, sene 54 devlet malları satılsın mı kiraya mı verilsin yoksa bizzat devlet eliyle mi işletilsin konusunu inceliyordu. Ve o zaman bir hikâye anlatmıştı. İzin verirsiniz bu hikâye ile konuya girmek istiyorum. Ziraat Bankasının ileri gelenleri tetkik gezisine çıkıyorlar. Bir köylünün süt sağdığını ve yaklaşık 40-50 kilo süt elde ettiğini gören yetkililer ineği satın almak isterler. Köylü ineği baştan satmak istemez ve ısrar üzerine ineği alırlar. Köylüden daha iyi bakılan ineğin sütü tedricen azalır. Durumu köylüye anlatırlar, köylü de ineğe sorar: “Sütünü neden azaltıyorsun?”. İneğin cevabı manidardır. İnek; “Ben artık devlet memuru oldum.” der. Evet devlette verim düşüktür. 60 yıla yakın bu konu gündemdedir. Kamu zararının boyutları büyüktür, bununla uğraşmak zordur, sıfıra çekmek mümkün değildir.

Konuşma programımız iki bölümden oluşmaktadır; ilk bölümde değerli arkadaşlarımız kamu zararının kendi alanları ile alakalı olan kısmı hakkında konuşacak, daha sonra izin verirsiniz ben de kendi fikrimi kısa olarak belirteceğim. Kamu zararı iki şekilde ortaya çıkar. Birincisi maddi olarak ortaya çıkar, ikincisi de verimsizliğin ortaya çıkardığı kamu zararıdır. İkisi de çok önemlidir. Kanun’un 71. maddesine baktığımız zaman maddi bakımdan kamu zararını ele almış, ancak verimsizliğin ortaya çıkardığı kamu zararına değinmemiş. Bununla birlikte 71. maddenin f bendinde buna ilişkin ifade vardı, ancak daha sonra 2005 yılında kaldırılmış. O bakımdan bu konuya değinmek lazım. Bu tür toplantıların bir kaç amacı vardır. Tabi bu toplantı 150. Kuruluş Yılı Dönümü için yapılmış bir toplantı. Ancak bunun dışında uygulamadaki aksaklıkları ortaya koymak, daha daha önemlisi gelecekte ne yapılabilir onu belirtmek gerekir. Bu konuyu özellikle verimsizlik konusunu, Anayasa değişikliğinin konuşulduğu bu günlerde konunun nasıl ele alınacağını, Anayasa’nın mali konularında nasıl değişiklik yapılabileceğini daha sonra özetlemeye çalışacağım, ifade edeceğim.

¹ Bilkent Üniversitesi Öğretim Üyesi, Sayıştay Eski Başkanı

Bilkent Üniversitesi Yardımcı Doçentlerinden Sayın Elvin Hanım'a sözü bırakmak istiyorum. Buyrun, lütfen.

KAMU ZARARININ İDARE HUKUKU İLE KAVRANMASI

Yrd. Doç. Dr. Elvin E. ÖZCAN²

Değerli Konuklar,

Öncelikle kamu zararı ile ilgili açıklamalarımı idare hukuku bakış açısından ele almaya çalışacağım

I. GİRİŞ

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile mevzuatımıza giren kamu zararı kavramının, bu Kanun'la getirilen denetim esasları incelendiğinde, temelini kural olarak haksız fiil sorumluluğundan aldığı belirtilebilir. Nitekim aynı kanunda şartları söz konusu olduğunda ilgili kamu görevlisinin cezai sorumluluğuna da gidilebilecektir.

Kanaatimizce kamu zararı ve sorumluluk meselesinin idare hukuku açısından da irdelenmesi gerekmektedir. Her şeyden önce kamu zararının belirlenmesinde esas alınan faaliyetler idari işleve dahildir ve bu faaliyetleri yerine getirenler de kamu görevlilerinden başkası değildir. İdarenin mali sorumluluğu çerçevesinde idare, eylem veya işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Ancak 5018 sayılı Kanun'da kamu zararının ve sorumlularının idarenin sorumluluğu kapsamında denetlenmesi mümkün görünmemektedir.

Nitekim Anayasa'nın Sayıştaya ilişkin 160 ncı madde hükmü, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu ve ilgili mali mevzuat incelendiğinde de, Sayıştay denetiminin temelinde idarenin sorumluluğuna yer verilmemektedir. Daha da önemlisi, Sayıştayın kesin hükümleri hakkında idari yargı yoluna başvurulamamaktadır. Mali yönetim mevzuatında idari sorumluluk, 5018 sayılı Kanun'un 31 inci maddesinin ikinci fıkrasında yalnızca harcama yetkilileri bakımından öngörülmüş gibi görünmektedir.

Tüm bu açıklamalardan sonra, kamu mali yönetiminde sorumluluğun temelinde yer alan kamu zararı kavramı, ancak idarenin işlem veya eylemleriyle ortaya çıkabileceği dikkate alınarak, idarenin sorumluluğu esasları çerçevesinde irdelenmeye çalışılacaktır.

II. İDARENİN SORUMLULUĞU ve KAMU ZARARI

İdarenin sorumluluğu, bireylere faaliyetleriyle zarar veren idarenin bu zararı karşılaması amacına yönelik olarak iki nedene dayanmaktadır: kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk.

² Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi

İdarenin kusur sorumluluğu, genel olarak “İdarenin kusurlu eylem ve işlemleriyle yol açtığı zararı tazmin etmesi yükümlülüğü” olarak tanımlanmaktadır³. Bu ve benzeri tanımlar çerçevesinde kusur sorumluluğunun şartları ise, kusurlu bir idari faaliyet, zarar, zarar ile idari faaliyet arasında illiyet bağı olarak sıralanabilir. İdare hukuku doktrin ve içtihadında kusur sorumluluğu, hizmet kusuru olarak ifade edilmektedir. Hizmet kusuru sayılan haller arasında hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi sayılmaktadır.

İdarenin herhangi bir kusuru bulunmasa dahi zararın ortaya çıktığı, idari eylem veya işlem ile zarar arasında nedensellik bağının bulunduğu durumlarda idarenin kusursuz sorumluluğundan söz edilmektedir. İdarenin kusursuz sorumluluğu iki ilkeye dayanmaktadır: tehlike (risk) veya hasar ilkesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik (fedakârlığın denkleştirilmesi) ilkesi.

İdarenin sorumluluğunun anayasal temelleri 1982 Anayasası’nda bulunabilir. Nitekim 1982 Anayasası’nın 125 inci maddesinin son fıkrası idarenin mali sorumluluğunun anayasal temelini oluşturmaktadır. Buna ek olarak yine 1982 Anayasası’nın 129 ncü maddesinin beşinci fıkrası da memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ancak idare aleyhine açılabilceğini hüküm altına almaktadır. Ayrıca 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 10 ile 13 üncü maddeleri⁴ de

3 Kemal GÖZLER, İdare Hukuku Cilt II, Ekin, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Bursa Ekim 2009, s. 1057.

4 657 sayılı DEVLET MEMURLARI KANUNU

Amir durumda olan devlet memurlarının görev ve sorumlulukları: Madde 10 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/3 md.)

Devlet memurları amiri oldukları kuruluş ve hizmet birimlerinde kanun, tüzük ve yönetmeliklerle belirlenen görevleri zamanında ve eksiksiz olarak yapmaktan ve yaptırmaktan, maiyetindeki memurlarını yetiştirmekten, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmekten görevli sorumludurlar.

Amir, maiyetindeki memurlara hakkaniyet ve eşitlik içinde davranır. Amirlik yetkisini kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslar içinde kullanır.

Amir, maiyetindeki memurlara kanunlara aykırı emir veremez ve maiyetindeki memurdan hususi bir menfaat temin edecek bir talepte bulunamaz, hediyesini kabul edemez ve borç alamaz.

Devlet memurlarının görev ve sorumlulukları: Madde 11 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/4 md.)

Devlet memurları kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar.

Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, memur bu emri yapmağa mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir.

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.

Kişisel sorumluluk ve zarar: Madde 12 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/5 md.)

Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar.

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

memurların çeşitli durumlardaki sorumluluğunu esaslarıyla birlikte hüküm altına almaktadır. Ancak bu hükümlerden özellikle idarenin sorumluluğu aşağıda da görüleceği üzere, kamu zararı çerçevesinde hüküm altına alınan sorumluluk esaslarıyla birlikte değerlendirilememektedir. Çünkü eğer memur idareyi eylem veya işlemleriyle zarara uğratmışsa, kişisel kusuru kapsamında sorumluluğuna gidilmektedir. Meseleye idarenin sorumluluğu açısından bakılmaya çalışıldığında akıllara şu soru getirilebilir. Eylem veya işlemleriyle zarara neden olan memurun onu denetlemek, eğitmek konusunda yükümlülüğü bulunan ve mensubu olduğu kamu idaresinin söz konusu zarar sebebiyle sorumluluğu yok mudur?

Her şeyden önce nitelikleri incelendiğinde bütçe uyarınca gelirler ve harcamalara ilişkin olarak yapılan işlemlerin idari işlem olduğu iddia edilebilir. Bu durumda 5018 sayılı Kanun'un 71 inci maddesinde düzenlenen kamu zararının⁵ belirlenmesinde esas alınan durumların temelinde de idari işlemler bulunduğu belirtilebilir. Çünkü kamu zararı dikkat edilecek olursa kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken yaptıkları kusurlu işlemler ve dolayısıyla verdikleri zararlardan başka bir şey değildir.

Bir diğer incelenmesi gereken husus, idarenin sorumluluğu meselesinde kamu görevlisinin görevi dolayısıyla kusurlu eylem veya işlemi söz konusu olduğunda kusurun özelliğidir. Memurun görevinden dolayı kusurundan söz edebilmek için, görevi dolayısıyla kullanabildiği kamusal yetki ve ayrıcalıklarını kullanırken zararın ortaya çıkması

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

Kişilerin uğradıkları zararlar: Madde 13 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/6 md.)

(Değişik birinci fıkra 6/6/1990-3657/1 md.) Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, ceza takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.

(Ek: 26/3/2002-4748/3 md.) İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminat-lardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.

12 nci maddeyle bu maddede belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususlar Başbakanlıkça düzenlenecek yönetmelikle belirlenir.

5 5018 sayılı KAMU MALİ YÖNETİMİ ve KONTROL KANUNU

Kamu zararı: Madde 71- (Değişik birinci fıkra: 25/4/2007-5628/4 md.) Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.

Kamu zararının belirlenmesinde;

- a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,
- b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,
- c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,
- d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,
- e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,
- f) (Mülga:22/12/2005-5436/10 md.)
- g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,

Esas alınır.

gerekliliğidir. Kusurun varlığının arandığı durumlarda ise, kusurun ağırlığı önemli değildir.

Gerçekten bugün idarenin kusursuz sorumluluğuna da gidilebildiği için kusurun ağırlığı önemini yitirmiştir. Ayrıca idari kusur için özel hukukta kusurun öğeleri olan kast, ihmâl veya dikkatsizlik aranmamaktadır. Çünkü idarenin kusur sorumluluğundaki kusurun nesnel nitelikli olduğu kabul edilmektedir.

Kamu zararı çerçevesinde idarenin sorumluluğu ile ilgili olarak değinilmesi gereken son nokta ise, idare hukukunda kişisel kusur olarak kabul edilen durumlarda dahi, idarenin kusur sorumluluğunun ortadan kalkmayacak olduğunun kabulüdür. Yukarıda da kısaca ifade etmeye çalıştığımız gibi, idarenin kamu görevlisini, kişisel kusuru bulunduğu durumlarda dahi, denetim ve gözetim görevi devam etmektedir. “Dolayısıyla kamu personelinin hizmet içindeki kişisel kusurlu davranışları, idarenin söz konusu görevlerini yeteri kadar yerine getirmediğini gösterir. Bu nedenle, kamu personelinin kişisel kusuruna rağmen idarenin de sorumluluğu cihetine gidilebilir.”⁶

Tüm bu açıklamalardan sonra, 5018 sayılı Kanun’un ilgili hükümleri uyarınca kamu zararı, sorumluluk esasları ile idarenin sorumluluğu arasında ilgi kurabilmek çok kolay görünmemektedir. Örneğin 5018 sayılı Kanun’un 10 ve 11 inci maddeleri bakanların ve üst yöneticilerin sorumluluğunu düzenlemekle birlikte, idari sorumluluğa yer vermemektedir. Benzer durum, yine aynı Kanun’un 31 ve 32 nci maddelerindeki düzenlemeler bakımından da geçerlidir diyebiliriz. Yalnızca 5018 sayılı Kanun’un 31 inci maddesinin dördüncü fıkrasından harcama yetkililerinin idari sorumluluğu bulunduğu sonucuna varılabilmektedir.

III. SONUÇ

Kamu mali yönetiminde sorumluluğun temelinde kamu zararı kavramı bulunmaktadır. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nda düzenlenen kamu zararı kavramı ise, “kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması” olarak tanımlanmaktadır.

Hukuka aykırı işlem veya eylemleriyle zarara sebep olan kamu görevlileri dolayısıyla idarenin kusur sorumluluğundan söz etmek gerekir. Ancak 5018 sayılı Kanun’da kamu zararı dolayısıyla idarenin sorumluluğuna yer verilmemiş; kamu zararı buna sebep olan kamu görevlisinin kişisel kusuru olarak düzenlenmiştir.

6 Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara 2011, s. 376.

Her ne kadar 5018 sayılı Kanun'da yalnızca harcama yetkilileri dolayısıyla idari sorumluluğa yer verilmiş olsa da, kanaatimizce idarenin sorumluluğuna da gidilebilir. Çünkü kamu kaynaklarının kullanımından doğabilecek zarardan idarenin sorumlu olduğuna ilişkin düzenlemeye yer verilmemiş olması nedeniyle idarenin sorumluluğunun kalktığını iddia etmemek gerekmektedir.

Moderatör
Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

Teşekkür ediyorum. Şimdi konuya ceza hukuku açısından yaklaşacağız. Buyrun Uğur Bey.

Yrd. Doç. Dr. Uğur ERİŞ⁷

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Evet sözlerime başlamadan burada güzide Sayıştay topluluğunu selamlıyorum. Sayın Başkanımızın söylediği gibi kamu zararı kavramı esas itibarıyla bu tebliği sunan kişi olarak itiraf etmeliyim ki; burada bulunan değerli topluluk mensupları bu konuda benden teknik olarak daha bilgili. O yüzden ben işin daha çok ceza hukuku boyutuyla konuyu aktaracağım.

Şimdi efendim kamu zararı konusunda eski Sayıştay Kanunu'nda ve Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nda farklı terimler kullanılıyordu. Devlet zararı, kamu alacağı vesaire gibi. Şimdi burada baktığımız zaman iki tane önemli yasa var tespit edebildiğim kadarıyla. Bir tanesi yeni 6085 sayılı Sayıştay Kanunu diğeri ise 5018 sayılı Kanun. Şimdi burada 5018 sayılı Kanun'un 71. maddesinde kamu zararının bir tanımı var. Bu tanımın yanı sıra Sayıştay Kanunu'nun 7. maddesinde de sorumlulukla ilgili ayrıntılı bir düzenleme var. Ben burada işte özellikle bu iki maddede yer alan hususlar itibarıyla ceza hukuku boyutuyla değerlendirmeye çalışacağım. İlk tespit edebildiğim husus olarak şu göze çarpıyor. Eski mevzuat bakımından kamu zararının değerlendirilmesinde esas itibarıyla bir objektif sorumluluk ilkesi var iken; bugün kusur sorununa gitmiş. Bu gelişmeyi yadırgamamak gerekir. Çünkü burada eminim bildiğim kadarıyla değerli dostlar hukukçular da var. Ceza hukukuna aşina olan kişiler var. Ceza hukuku alanında; örneğin 2005 yılında yürürlüğe giren yeni Ceza Kanunu'muzun 23. maddesi ile de kusur sorumluluğuna dönmüştür. Yani kusursuz sorumluluk ya da objektif sorumluluk denilen ilke artık ceza kanunlarından ayıklanmıştır. Bu ne zamandan beri ayıklanıyor? Epeydir, biz biraz daha da geç kaldık. Şimdi o bakımdan onun dışında her iki madde de bahsettiğim her iki Kanun 7. ve 71. maddelerinde açık olan bir husus da; illiyet bağının açıkça aranması. İlliyet bağı konusu açıkça

7 Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

yazılı olmasaydı da ki; gerek özel hukuk alanındaki borçlar hukuku-sorumluluk hukuku alanında, gerekse ceza hukuku alanında da illiyet bağı mutlaka zararın değerlendirilmesi açısından aranması gereken bir husustur. Şimdi baktığımız zaman burada 5018 sayılı Yasa'nın 71. maddesinde kamu zararının tanımı içerisinde maddi unsur olarak göze çarpan husus, mevzuata aykırı olarak kamu kaynağında artışa sebep olmak veya eksilmeye neden olmadır. Zaten bu "neden olma" ibaresi bile yani Sayıştay Kanunu'nun 7. maddesinde açıkça illiyet bağından bahsediyor ama burada "neden olma" ibaresi bile illiyet bağının aranacağını bize net olarak ifade ediyor. Onun dışında baktığımız zaman mesela ceza kanunlarında bizim eski ve yeni ceza kanunlarımızda illiyet bağı açıkça tanımlanmaz. Tanımlanmasını da kimse beklemeyiz. Ama bazı suç tiplerini öngören maddelerde mesela yeni Ceza Kanunu'muzun 86, 87 ve 89 uncu maddelerinde aynen neden olma, sebep olma gibi ibarelerle illiyet bağına işaret edilir. İlliyet bağına tanımlayan zaten Ceza Kanunu'nda fazla örnek bulamazsınız. Tek tük bir iki tane. Kaldı ki illiyet bağına tanımlamak çok da değil. Asıl önemli olan sorun uygulama değeri illiyet bağı ne zaman var olacaktır? Onun varlığını tespit için de özel hukuk alanlarında ve ceza hukuku alanlarında çeşitli teoriler vardır. Şart teorisi, uygun nedensellik teorisi ve diğer teoriler olmak üzere. Bunların bir kısmı Alman doktrininden bir kısmı İtalyan doktrininden literatüre girmiş; halen üzerinde önemle durulan teorilerdir. Burada özel olarak yine benim üzerinde durmam gereken husus; ceza hukuku boyutu itibarıyla kamu zararı konusunda 71. madde de; 5018 sayılı Kanun'un 71. maddesinde kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem ve eylemlerdir. Şimdi burada tabii ki kamu görevlisi kavramı ceza hukuku açısından önemlidir. Kasıt, kusur ve ihmal ne anlama gelir? Şimdi bu kasıt, kusur ve ihmal denildiği zaman kusur çeşidi elbette. Özel hukuk alanında ki Borçlar Kanunu'muzun eski 41, yeni Kanun'un 49 veya 50 yanlışı değerlendirmedik. O daha 1 Temmuzda yürürlüğe girecek bir yasa. Orada da paralel hükümler var. Orada da bu derecelendirmeyi aynen görüyoruz ki; mali mevzuatımızdaki bu önemli yasalarda da sorumluluk derecelendirilmesi daha ziyade özel hukuktaki o kavramlarla ifade edilmiş. Ama ceza hukuku alanına geldiğimiz zaman kusurun iki tipi vardır. Objektif sorumluluğu artık çıkarttığımıza göre ya kasıttır ya taksirdir. Şimdi "Kasıt nedir?" dediğimiz zaman 'kasıt' ceza hukuku alanında tipik sorumluluk biçimidir. Taksir, kasta nazaran tipik olmayandır. Ama neye nazaran tipik olmayandır dersek kasta nazaran yani önemsiz bir kusur çeşidi demiyoruz fakat kasıta şu vardır. Esas itibarıyla failin eylemini bilerek veya isteyerek işlemesi bilme ve isteme diye iki unsuru vardır. "Bilme nedir?" denildiği zaman failin tipe uygun olan hareketi yani suçu öngören normdaki tipik olan fiili önceden zihninde düşünmesi ve canlandırmasıdır. Yani bilmeye neler

dahil deyince her suç tipindeki tanımdan çıkarabiliriz bunu. Oradaki bütün suçun oluşması için varlığı gerekli olan unsurların hepsi bilinecektir. Yani onun dışında 'isteme' ki asıl kasta özelliğini de veren odur. Sonucun irade edilmesidir, sonucun istenmesidir. İstenmeden kasıt o. Yani failin zihninde canlandırdığı hususun aynı zamanda gerçekleşmesini isteme şeklinde. Şimdi sorun biraz belki 1 Haziran 2005'te yeni yasa yürürlüğe girdiği zaman Ceza Kanunu kastın tanımını yaptı. Yapmasına gerek var mıydı? Hayır, yoktu. Çok önemli kavramların aslında yasalarda tanımlanmasının sakıncaları bile var. Eski kanunda tanımlanıyordu örneğin. Ama şunu belirtiyordu; cürümlerde kastın varlığı asıldır ikinci derece sorumluluk olarak da taksir ve objektif sorumluluğu da eski Ceza Kanunu 45. maddede değiniliyordu. Yeni Kanunumuzun 22. maddesi kastı tanımladığı gibi kastın özel bir biçimi olan 'olası kastı' da bazıları ona 'dolaylı kast' diyor; onu da tanımladı. Şimdi tabi olası kast dediğimiz şey; yani bilinen genel anlamdaki kasta nazaran şudur: Fail esas itibarıyla öngörür sonucu fakat istemese bile göze alır. Gerçekleşmesini göze alarak hareket eder. Taksire gelince, 'taksir' ise esas itibarıyla dedik ki; kasta nazaran istisnai bir sorumluluk biçimidir. Fakat burada taksirde de bir takım unsurlar var. Çoğu unsurlar itibarıyla kasta benzeyen yönleri de var ama en farklı önemli ayırıcı unsuru şudur; sonucun istenmemesidir, irad edilmemesidir. Failin hareketlerinde iradilik vardır ve bir öngörü de vardır. Ama sonuç istenmez ama hareketleri ile sonuç arasında yine illiyet bağı aranacaktır hiç kuşkusuz. Ama asıl önemlisi de taksirde failin esas itibarıyla öngörülecek hususu öngörmemesinden basit taksirde sorumluluğu vardır. Ama bir taksir biçimi daha vardır ki; fail öngörür ama öngörmesine rağmen gerçekleşmeyeceğine inanarak hareket eder. O da bilinçli taksir diye ilginçtir. Yaşamız bu bilinçli taksiri de tanımladı. Burada baktığımız zaman kastı ve taksirin bu iki tipinde olası kast doğrudan kasta göre cezanın hafiflemesine sebep olan bir suça etki eden bir sebep. Bilinçli taksirde tipik olan yani basit taksire nazaran bilinen ceza sorununu biraz ağırlaştıran bir neden. Şimdi tabii ki buradaki kamu görevlisinin bu suçları işleme bakımından esas itibarıyla kastının varlığı asıldır ama bazı hallerde de acaba taksirinde de sorumlu olur mu? İşte 71. maddede burada belirtilen ihmal kavramının karşılığı belki biz de baktığımız zaman özel hukukçuların hep ihmalle değerlendirilmesi bizdeki taksiri onun karşılığına koyabiliriz. Şimdi taksirle de işlenebilir diyebiliriz. Ama bunun için bir şarta daha ihtiyaç var; o da o suç tipinin yani taksirli halinin bu kanunda düzenlenmiş olması. Onun için istisnai bir sorumluluktur. Yani ceza kanunlarında açıkça kusurun ne olduğunu belirtmeye gerek yok. O kast aranacaktır ama taksirli hali düzenleniyorsa onu kanun koyucu düzenleyecek. Ceza Kanunu'muza baktığımız zaman taksirli suç tipleri çok fazla sayıda da değildir. Belki özel yasalarda da bir miktar vardır. Burada üzerinde durulması gereken

bir husus da kamu görevlisidir dedim. Kamu görevlisi konusunda da eski Ceza Kanunu'muzun 279. maddesindeki işte bilinen bir ayırım vardır. Kamu vazifesi görenler, amme vazifesi görenler, amme kamu hizmeti ya da amme hizmeti görenler arasında birisi memurdur, diğerleri ise amme hizmeti yapmakla yükümlülerdir diye bir ayırım var idi ve eski Ceza Kanunu yürürlükte kaldığı sürece teorik planda da yargıda da bu bir türlü tam yerine oturmadı, hep tartışıldı. Bugün yeni Ceza Kanunu'muzun 6. maddesi j bendinde terim değiştirildi. Tanımı da değişti. Burada yasa artık 'kamu görevlisi' diyor. Nedir? "Kamusal faaliyetin yürütülmesinde atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli süre ile veya geçici olarak katılan kişi." Eski kanunda bir bilinmeyen vardı. Memur tanımında hep tartışılıyordu. Şimdi de bu tanımın içinde iki bilinmeyen var maalesef. Yani kamu görevlisi dedik ismini değiştirdik ama hâlâ ne olduğu tam oturmadı. Dediğim gibi kamusal faaliyet kavramıyla açıklanıp kamusal faaliyetinin de ne olduğu ne idare hukukçuları ne anayasa hukukçuları ne ceza hukukçuları üzerinde fikir birliğine varılması şu ana kadar mümkün olmadı. O bakımdan daha tartışılacak gibi geliyor sorular olursa yine üzerinde dururuz.

Bunun ötesinde Anayasa'mızın 128. maddesinde bu konuyla ilgili bir düzenleme var. Burada işte kamu tüzüğü içinde devlet ve diğer kurumlardaki yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görev. Orada asli ve sürekli görev ölçütü getirmiş. Şimdi bu da tartışılıyor. Yani Anayasa'nın ifade ettiği ya da idari hukukçuların benimsediği memur ya da kamu görevlisi tanımı mı daha kapsamlı mıdır? Yoksa ceza hukuku alanında mıdır? İkisini de söyleyen var ama yeni Ceza Kanunu'muzun 6. maddesindeki tanımın birazcık daha geniş olduğunu söylemek herhalde yanlış olmayacaktır. Bu tebliği sunmadan önceki günlerde de değerli Sayıştay mensuplarından bir kısmının yazdığı yazılara da baktım. Makalelerde orada da daha ziyade yeni Ceza Kanunu'muzun 6. maddesindeki kamu görevlisi tanımının yani ilgili yasaların hedeflediği amaçlar bakımından uygun olacağı gibi görüşler vardır ki; bence de bunlar yerindedir. Benim ceza hukuku alanında söyleyeceklerim bunlardan ibaret yani 71. ve 7. maddeyle ilgili vakit olsa daha fazla bir şeyler söyleyebilirim ama o da benden ziyade buradaki benden değerli dinleyicilerin hepsinin benden fazla bilgisi ve birikimi olan kişilerdir. Yalnız bir şey dikkatimi çekti benim. Bu 71. maddede onu söyleyeyim Başkan vakit varsa. 71. maddenin f bendi yasa yürürlüğe girdikten kısa bir süre sonra çıkarılmış fakat bu hükme baktığım zaman aslında yani bilinen denetimlerin dışında çok da olumlu bir şeyi yani verimlilik alanındaki gibi denetim hükmüydü. Bence de kalsaydı iyi olurdu gibi geliyordu ama neden çıkarıldığını da bilemedim. Onu oturumun ikinci etabında burada tartışmaya açılırsa

daha iyi değerlendirilmiş olacağını düşünüyorum. Ben de onun hakkında fikir sahibi olmuş olurum. Benim söyleyeceklerim bunlardan ibaret. Teşekkür ediyorum sayın Başkan.

Moderatör

Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

Teşekkür ediyorum. Şimdi konuya özel hukuk açısından yaklaşacağız. Buyrun Barış Bey.

5018 SAYILI KAMU MALİ YÖNETİMİ VE KONTROL KANUNU'NA GÖRE KAMU ZARARINDAN SORUMLULUK^{8*}

Barış ÖZÇELİK^{9}**

Sayın Hocam teşekkür ediyorum.

Konu kamu zararı olduğunda benim gibi bir özel hukukçunun medeni hukukçunun burada ne işi var diye düşünülebilir. Konu itibarıyla ben de aslında başında kendimi deplasmanda gibi hissettim. Ancak sayın Sayıştay mensuplarının misafirperverlikleri, yakın ilgileri ve nezaketleri sayesinde o deplasman duygumu şu an taşımıyorum.

I. Giriş

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (KMYKK), kendi düzenleme alanı bakımından önemli yenilik ve değişiklikleri beraberinde getirmiştir. Bu yenilik ve değişikliklerin başında, kamu zararı kavramı ve kamu zararından sorumluluk esaslarına ilişkin hükümler gelmektedir. Bu çalışmanın amacı, özel hukuk bakış açısıyla, kamu zararından sorumluluğun şartlarının ve uygulamada ortaya çıkan bazı sorunların irdelenmesidir.

II. Kamu Zararı Kavramı

5018 sayılı Kanun'un 71. maddesi kamu zararını, “kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması” olarak tanımlamıştır. Bu tanımın hukuk tekniği bakımından pek de isabetli bir tanım olduğu söylenemez. Zira madde metni, kamu zararının ancak kamu görevlilerinin kusurlu davranışları sonucunda meydana gelebileceği, diğer bir ifadeyle kusur

8 * Bu çalışma, yazarın 24 Mayıs 2012 tarihinde, Sayıştayın 150. Yılı münasebetiyle düzenlenen panelde sunduğu tebliğ metninin gözden geçirilerek yayına hazırlanmış halidir.

9 ** Yrd. Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

yoksa zararın da olmayacağı şeklinde anlaşılmaya elverişli şekilde kaleme alınmıştır. Oysa ki; sorumluluk hukuku açısından kusur, zararın bir unsuru değildir. Kusur, sorumluluğun kusura bağlı olduğu hallerde, sorumluluğun kime isnat edileceğini belirleyen bir kavram, yani bir isnat kriteridir. Tüm bu nedenlerle, bütün sorumluluk hallerinde olduğu gibi, kamu zararından sorumluluk bakımından da ortada bir zararın olup olmadığı ile bir zarar söz konusu ise, bu zarardan kimin sorumlu olduğu, cevaplanması gereken iki farklı soru olup, kusur bunlardan yalnızca ikincisiyle ilgilidir. Yine aynı nedenlerle, ortada bir kamu zararı olduğu halde, bundan kamu görevlisinin sorumlu olmaması da mümkündür. Kamu zararının, kamu görevlisinin değil, üçüncü kişilerin davranışlarından doğduğu hallerde durum tam da böyledir.

5018 sayılı Kanun'un 71. maddesinde yer alan tanıma ilişkin, yukarıda dile getirdiğimiz eleştiriyi de dikkate alarak, kamu zararını şöyle tanımlamak mümkündür: Kamu zararı, kamu görevlilerinin, mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.

III. Kamu Zararından Sorumluluğun Şartları

Kamu zararının yukarıda verilen tanımından ve genel haksız fiil sorumluluğunun şartlarından hareketle, kamu zararından sorumluluğun dört şartını tespit etmek mümkündür:

1. Kamu görevlisinin hukuka aykırı bir karar, işlem veya eylemi söz konusu olmalıdır.

Kamu zararından sorumluluktan söz edebilmek için ilk şart, kamu görevlisinin hukuka aykırı, bir karar, işlem veya eyleminin söz konusu olmasıdır. 5018 sayılı Kanun'un 71. maddesinde, bu tür işlem ve eylemlere şu örnekler verilmiştir:

- İş, 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.
- İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması.
- İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması.
- Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması.

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te¹⁰ ise, 5018 sayılı Kanun'un 71. maddesinde sayılanların yanı sıra, şu hallere de yer verilmiştir:

¹⁰ RG.,19.10.2006, No:26324.

- Kamu idarelerine ait malların kiraya verilmesi, tahsisi, yönetimi, kullanımı ve elden çıkarılması işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması.

- Görevlilere teslim edilen taşınırın zararına uğraması.

- Kamu idaresinin yükümlülüklerinin mevzuatına uygun bir şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle kamu idaresine faiz, tazminat, gecikme zammı, para cezası gibi ek malî külfet getirilmesi.

2. Kamu görevlisinin karar, işlem veya eylemi sonucunda bir zarar meydana gelmiş olmalıdır.

Kamu zararından sorumluluğun ikinci şartı, kamu görevlisinin hukuka aykırı karar işlem veya eylemi neticesinde, bir zararın meydana gelmiş olmasıdır. Eğer, kamu görevlisi hukuka aykırı davranmış olmasına rağmen, herhangi bir zarar meydana gelmemişse, kamu zararından ve dolayısıyla hukukî sorumluluktan söz etmek mümkün değildir. Ancak bu durumda, kamu görevlisinin idari/disiplin sorumluluğu gündeme gelebilir¹¹.

Genel haksız fiil sorumluluğundaki yoksun kalınan kâr- fiilî zarar ayırımına paralel olarak, 5018 sayılı Kanun'un 71. maddesinde de kamu zararının, kamu kaynağında muhtemel bir artışın engellenmesinden veya eksilmeye neden olunmasından doğabileceği ifade edilmiştir. Tahakkuk ettirilmesi gereken bir kamu gelirin tahakkuk ettirilmemiş olması birincisine, fazla veya yersiz bir ödeme yapılması ikincisine örnektir.

3. Kamu görevlisi kusurlu olmalıdır.

5018 sayılı Kanun'un 71. maddesi, kamu zararından sorumluluğu, "kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerine" bağlı bir sorumluluk, yani kusura bağlı bir sorumluluk olarak düzenlemiştir. Hemen belirtmek gerekir ki; birazdan değinileceği gibi, kasıt ve ihmal, kusurun dereceleri olup, kusura bağlı sorumluluk ifade edilmek istendiğinde, bunların hepsinin sayılmasına gerek yoktur; yalnızca kusurdan söz edilmesi yeterlidir. Böylece, sorumluluğun, kusurun her iki derecesini de kapsadığı anlaşılır.

Sayıştay Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrasında, sorumluların mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri ile illiyet bağı kurularak oluşturulan ilamda yer alan kamu zararından, tek başlarına veya birlikte tazmin ile yükümlü olacakları ifade edilirken, kusur unsurundan hiç söz edilmemiştir. Ancak bu durum, iki nedenle sorumluluğun kusura bağlı olduğu gerçeğini değiştirmez: Birincisi 5018 sayılı Kanun'un 71. maddesi kamu zararında sorumluluk bakımından kusur unsuruna

11 Bkz. Kızılkaya, E.: Kamu Zararı Uygulamalarının Eleştirisi, Dış Denetim, Temmuz-Ağustos-Eylül 2010, s. 174.

açıkça yer vermiştir. İkincisi ve daha önemlisi, hukukumuz bakımından haksız fiil sorumluluğunda, kusura bağlı sorumluluk kural, kusurdan bağımsız sorumluluk istisnadır¹². Dolayısıyla, sorumluluğun kusura bağlı olduğunun ayrıca belirtilmesine ihtiyaç yoktur. Başka bir ifadeyle, kanunda aksi öngörülmedikçe, haksız fiil sorumluluğu zaten kusurun varlığına bağlıdır.

Kamu zararından sorumluluğun kusura bağlı sorumluluk şeklinde düzenlenmesinin sonucu olarak kamu görevlisi, ancak kusurlu davranışının neticesi olarak ortaya çıkan kamu zararından sorumlu tutulabilecektir. Başka bir ifadeyle, ortada bir kamu zararı olmasına rağmen, kamu görevlisinin söz konusu zararın meydana gelmesinde kusuru yoksa, kamu görevlisi, meydana gelen kamu zararından sorumlu tutulamayacaktır. Bunun kusurdan bağımsız (objektif) sorumluluktan farkı, salt bir zararın doğmuş olmasının, tek başına kamu görevlisini sorumlu tutmaya yetmeyeceği, ayrıca onun kusurunun da ispat edilmesi gerektiğidir.

Kusura ilişkin kesin bir tanım vermek mümkün olmamakla birlikte, genel olarak kusur, davranışlarının sonuçlarını bilip, buna uygun davranabilecek durumda olan bir kimsenin, belli bir olay karşısındaki tutum veya davranışı ile kendisinden beklenebilir nitelikteki ortalama davranış arasında var olan olumsuz yöndeki farktır¹³. Kusurlu davranış, esas itibarıyla kasıt (dolus) ve ihmal (culpa) olarak iki dereceye ayrılır. Bir kimse, belli bir davranışının sonucunda meydana gelecek zararı bilerek, isteyerek ya da en azından hesaba katarak hareket ettiğinde kasıt; zararlı sonucun gerçekleşmesini istemediği halde, gerekli özeni göstermediği için zarar meydana gelmişse ihmal söz konusu olur¹⁴. İhmal de kendi içinde, ağır ihmal (culpa lata) ve hafif ihmal (culpa levis) olmak üzere ikiye ayrılır: Ağır ihmal, herkesin gösterilebileceği en basit bir özenin, tedbirin gösterilmemiş olmasıdır. Örneğin, bir kamu görevlisinin, sahteliği açıkça anlaşılabilen bir belgeye dayanarak, 5018 sayılı Kanun'un 71. maddesinde sayılan türde bir ödemeyi, söz konusu belgeyi hiç incelemeyerek yapması veya ilgili mevzuatı bilmemesi ağır ihmal olarak nitelendirilebilir. Buna karşılık hafif ihmal, ancak tedbirli kimselerden beklenebilecek bir özenin gösterilmemiş olmasıdır. Örneğin, yine 5018 sayılı Kanun'un 71. maddesinde sayılan türde bir ödemeyi, sahteliği açıkça anlaşılamayan fakat herhangi bir kurum veya sicilden teyit edilebilecek bir belgeye dayalı olarak yapan kamu görevlisinin davranışı, hafif ihmal teşkil eder. 5018 sayılı Kanun,

12 Oğuzman, K. /Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 2005, s. 484, 491; Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003, s.447.

13 Schwenzer, I.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, s. 134, N. 22. 03; ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, s. 355.

14 Oğuzman/Öz, s. 355; Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 41 N. 49-50.

kamu zararından sorumluluk bakımından, kusurun dereceleri arasında herhangi bir ayırım yapmadığı gibi, ihmalin dereceleri arasında da herhangi bir fark gözetmemiştir.

Hukukumuzda kusurun ölçüsüne ilişkin hâkim anlayış, objektif kusur (ihmal) teorisidir¹⁵. Buna göre, bir kimsenin belli bir davranışının kusurlu sayılıp sayılmayacağı belirlenirken, o kimsenin kişisel özellik ve yeteneklerine göre değil, o kimseyle aynı meslek alanında çalışan makul bir kimsenin somut olayın şartları altında göstermesi gereken özen derecesine göre bir değerlendirme yapılır.

Kamu zararının mücbir sebepler veya üçüncü kişilerin kusurlu davranışlarından kaynaklandığı hallerde, kamu görevlisi kusurlu olmadığından sorumlu da tutulamaz. Mücbir sebepler, “sorumlunun faaliyet alanı dışından kaynaklanan (harici), öngörülemez ve kaçınılmaz nitelikteki olaylar” olarak tanımlanır¹⁶. Üçüncü kişilerin kusurlu davranışları ise kamu malının yok olmasına veya yapılmaması gereken bir ödemenin yapılmasına neden olmak şeklinde gerçekleşebilir. Örneğin kamu görevlisine teslim edilen kamu malının, bir doğal afet veya üçüncü kişinin eylemi neticesinde yok olması halinde, kamu görevlisinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Keza kamu görevlisinin, 5018 sayılı Kanun’un 71. maddesinde sayılan türde bir ödemeyi, her türlü araştırma yükümünü yerine getirmesine rağmen, üçüncü kişi tarafından sahte bir belgeyle yanıltılması nedeniyle yaptığı hallerde de ilgili kamu görevlisi zarardan sorumlu tutulamaz. Çünkü bu durumda zararın üçüncü kişinin kusurlu davranışından doğduğu kabul edilir.

Kamu zararından sorumluluk haksız fiil esaslarına dayandığından, bu sorumluluk bakımından, kamu görevlisinin kusurunun, bunu iddia eden tarafından ispat edilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, kamu görevlisi kusursuzluğunu ispatla yükümlü tutulmamalıdır¹⁷.

4. Kamu görevlisinin fiili ile kamu zararı arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.

Uygun illiyet bağı, bir fiilin, olayların normal akışında meydana getirebileceği zararlarla arasındaki neden-sonuç ilişkisidir¹⁸. Kamu görevlisinin kamu zararından sorumlu tutulabilmesi için, kamu görevlisinin mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemi ile meydana gelen kamu zararı arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.

15 Bkz. Eren, s. 538- 539; Honsell/Vogt/Wiegand Art. 41, N. 48a ; Schwenger, N. 22.18.; Ayrıca bkz. Yarg. 4. HD, T. 26.2.1979, E.1978/5666, K.1979/2516; Yarg. 4. HD, T. 24.9.1984, E.1984/6027, K.1984/6856 (Karar metinleri için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

16 Eren, s. 518 vd.; Oğuzman/Öz, s. 357; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 41, N.21

17 Aksi görüşte: Kuluçlu, E.: Sayıştayın Denetim, Yargılama ve Raporlama Görevleri Açısından Kamu Zararı Kavramı, Sayıştay Dergisi, Sayı 82, Temmuz-Eylül 2011, s. 70.

18 Eren, s. 487 vd.; Oğuzman/Öz, s. 518; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 41, N.14.

IV. Kamu Zararının Tazminine İlişkin Esaslar

1.Genel Olarak

Kamu zararından sorumluluğun yukarıda açıklanan şartları gerçekleştiğinde, sorumlular bakımından tazmin yükümü doğar. 5018 sayılı Kanun'un 71. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararı, zararın oluştuğu tarihten itibaren ilgili mevzuatına göre hesaplanacak faiziyle birlikte ilgililerden tahsil edilir." Aynı maddenin 5. fıkrasına göre ise, "kamu zararının, bu zarara neden olan kamu görevlisinden veya diğer gerçek ve tüzel kişilerden tahsiline ilişkin usûl ve esaslar, Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğe göre ise, tespit edilen kamu zararları, rızaen veya sulh yoluyla (m.13), takas yoluyla (m.14) veya icra yoluyla (m.15) tahsil edilir. Kamu zararından doğan alacaklara, Yönetmeliğin 17. maddesine göre belirlenen oluşma tarihinden itibaren, mevzuatına göre hesaplanacak oranda faiz uygulanır (KMYKK m. 71/3).

Kamu zararından doğan alacaklar, kamu zararının meydana geldiği yılı izleyen malî yılın başından itibaren onuncu yılın sonunda zamanaşımına uğrar (KMYKK m.74). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 153 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan zamanaşımını durduran ve kesen sebepler, kamu zararından doğan alacaklar bakımından da uygulanır (KMYKK m.74, Yönetmelik m. 20).

2. Kamu Zararının Kendilerine Yersiz veya Fazla Ödeme Yapılan Gerçek veya Tüzel Kişilerden Tahsili

Kamu zararının tazmini bakımından özellikle değinilmesi gereken bir konu, 5018 sayılı Kanun ve Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te "ilgili", Sayıştay uygulamasında ise "ahiz" olarak anılan, kendilerine yersiz veya fazla ödeme yapılan gerçek veya tüzel kişilerin durumudur. Yine aynı mevzuatta "sorumlu" olarak anılan kamu görevlileri tarafından, ilgililere 5018 sayılı Kanun'un 71. maddesi ve Yönetmeliğin 6. maddesi anlamında yersiz veya fazla ödeme yapıldığında, borçlar hukuku açısından, sorumlular "haksız fiil faili", ilgililer ise "sebepsiz zenginleşen" konumundadırlar. Zira, ödemenin yapılmasıyla, kamu kaynağı ilgililerin malvarlığına geçmekte ve söz konusu kimseler kamu aleyhine sebepsiz zenginleşmektedirler. Böylelikle kamu zararı doğmuş olmaktadır. Söz konusu zararlardan "sorumlular" haksız fiil (KMYKK m. 71, TBK m. 49 vd.), "ilgililer" ise sebepsiz zenginleşme (TBK m. 77 vd.) esaslarına göre sorumludurlar.

Kamu zararından doğan alacaklar, Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 12. maddesi uyarınca, rızaen veya sulh yoluyla, takas yoluyla ya da ilgililer aleyhine icra takibi yapmak suretiyle tahsil edilebilir. Buna karşılık, söz konusu alacağın sorumlular hakkında kamu zararı iddiasıyla Sayıştayın önüne gelmesi ve Sayıştayca “tazmin” hükmü verilmesi durumunda bir dizi hukukî problem ortaya çıkmaktadır. Bunlardan en önemlisi, kamu zararının, idare ile ilgililer arasında mevcut bir özel hukuk ilişkisi çerçevesinde gerçekleşmiş olmasıdır. Zira bu durumda, söz konusu sözleşmeden doğan ihtilaflar adli yargının görev alanına girdiğinden, Sayıştayca tazmine mahkûm edilen sorumlunun adli yargıda açtığı rücu davasında, kararın sorumlu aleyhine çıkması ihtimali bulunmaktadır. Bunun sebebi Yargıtayın Sayıştay ilamlarını, hesap yargısında kendilerini savunma imkânına sahip olmayan “ilgililer” bakımından kesin hüküm olarak kabul etmemesi ve belirtilen türde bir rücu davasında, meselenin özel hukuk kuralları çerçevesinde en baştan ele alınması gerektiğini öngörmesidir.

Ele aldığımız probleme ilişkin bir örnek vermek gerekirse; sorumlu kamu görevlisinin idare ile ilgili arasındaki bir sözleşme çerçevesinde cezai şart tahakkuk ettirmesi gerekirken, bunu yapmadığı düşüncesiyle, Sayıştayca kamu zararını tazmine mahkûm edildiğini varsayalım. Aynı sorumlunun, rücu maksadıyla adli yargıda ilgili aleyhine dava açması durumunda, mahkeme sözleşmeyi inceleyip, o sözleşme gereğince idarenin cezai şart talep edemeyeceğini kabul ettiği takdirde, zarar tamamen Sayıştayca tazmine mahkûm edilen sorumlu üzerinde kalacaktır. Özellikle ekonomik açıdan büyük çaplı sözleşmeler bakımından bunun önemli sonuçları vardır: Öncelikle, sorumlu kamu görevlisi, ihtilafların esasları hakkında yetkili adli yargı tarafından varlığı reddedilmiş bir alacak iddiası nedeniyle, üstüne üstlük kendi malvarlığında değil, belki de büyük bir holdingin malvarlığında bulunan, yüksek meblağda bir parayı ödemek zorunda kalacaktır. Kaldı ki; ortada gerçekten bir kamu zararı var olsa bile, bu zarardan doğacak alacak, sorumlu kamu görevlisinin maaşından kesilerek tahsil edilmeye çalışılacağından, alacağın tahsili yıllar sürecektir, belki de çok az bir kısmı tahsil edilebilecektir¹⁹.

Yukarıda verilen örnek çerçevesinde ortaya çıkan sonuçlar hukuka uygun olmakla birlikte, kanaatimce kamu zararının tazmin ve tahsili bakımından âdil ve verimli değildir. Bu sorunun aşılması için en isabetli çözüm, konunun anayasal ve yasal düzlemde en baştan ele alınıp, kamu zararının doğrudan ilgililerden/ahizlerden tahsilini sağlayacak hukukî yolların oluşturulmasıdır. Bu anlamda çözüm, Sayıştaya ilgililer/ahizler hakkında da hüküm kurma yetkisi verilmesi yönünde olabileceği

19 Konuyla ilgili benzer bir örnek için bkz. Bayar, D.: Mali Yargı Nedir?, Maliye Dergisi, Sayı 157, Temmuz-Aralık 2009, s.41.

gibi, tam aksine adli yargının görev alanını ilgilendiren konularda, Sayıştayın tazmin hükmü vermesinin önüne geçilmesi şeklinde de olabilir²⁰. Bu iki yoldan birinin seçilmesi, tamamen kanun koyucunun tercihinine bağlı bir hukuk politikası meselesidir.

Konu anayasal ve yasal düzlemde ele alınana kadar, denetim faaliyeti, yukarıda dile getirilen olumsuzlukları bertaraf etmekte kilit rol oynamaktadır. Denetim faaliyeti sonucunda, üçüncü kişilerin (ahizlerin) kamu aleyhine sebepsiz zenginleştiğine kanaat getirildiği hallerde, meseleyi kamu zararı iddiasıyla doğrudan hesap yargısına intikal ettirmek yerine, alacağın, Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te öngörülen esaslar doğrultusunda, genel hükümlere göre takip ve tahsilinin önerilmesi kanaatimce daha isabetli olur²¹. Böylece, eğer alacak ilgili idare tarafından genel hükümlere göre tahsil edilebilirse, kamu kaynağı yerine dönmüş olacağından, kamu zararından söz edilemeyecektir. Buna karşılık adli yargının ilgili idareyi haksız bulması gibi bir sebeple varlığı iddia olunan alacak elde edilemezse, bu durumda ahize yapılan ödemenin haklı olduğu ve dolayısıyla yine ortada bir kamu zararının bulunmadığı anlaşılmış olacaktır. Böylelikle, hem idare ile ahiz arasındaki özel hukuk ilişkisinden doğan ihtilaf doğru yargı yolunda görülmüş olacak, hem de adli yargı ile hesap yargısı arasında, hukukî istikrara zarar veren çelişkilerin önüne geçilmiş olacaktır. Doğaldır ki; varlığı iddia olunan kamu zararından doğan alacağın, zamanaşımı gibi sebeplerle tahsil imkânından yoksun kalması halinde, alacağın takip ve tahsili için gerekli hukukî süreçleri başlatmayan veya usulünce takip etmeyen kamu görevlileri, meydana gelen kamu zararından her durumda sorumlu olmaya devam edeceklerdir. Buna karşılık kamu zararı oluşturduğu iddia edilen alacakla ilgili olarak adli yargıda devam eden bir hukukî süreç var olduğu sürece, kamu görevlisinin kamu zararından sorumluluğuna hükmedilmemesi gerekir.

20 Bir başka çözüm önerisi için bkz. Bayar, s.46: Yazar, 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun yeniden düzenlenerek daha önce 1934 tarihli Sayıştay Kanunu'nda ve 832 sayılı Kanun'un ilk halinde olduğu gibi, Sayıştay'a, beraat ve tazmin hükümlerinin yanı sıra, "zimmet" hükmü de verebilme imkânının yeniden tanınmasını önermektedir. Zimmet hükmünün niteliği konusunda bkz. aynı yazar, s. 42 vd.

21 Aynı yönde bkz. Kızılkaya, s. 179.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Bayar, D.: Mali Yargı Nedir?, Maliye Dergisi, Sayı 157, Temmuz-Aralık 2009, s.33-46.

Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003.

Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529, 5. Auflage, Basel 2011.

Kızılkaya, E.: Kamu Zararı Uygulamalarının Eleştirisi, Dış Denetim, Temmuz-Ağustos-Eylül 2010, s.173-179.

Kuluçlu, E.: Sayıştayın Denetim, Yargılama ve Raporlama Görevleri Açısından Kamu Zararı Kavramı, Sayıştay Dergisi, Sayı 82, Temmuz-Eylül 2011, s.53-80.

Oğuzman, K. /Öz,T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 2005.

Schwenzer, I.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009.

KISALTMALAR

Art.	: Artikel
Bkz.	: Bakınız
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
KMYKK	: 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu
m.	: Madde
N.	: Not, Kenar Notu
No.	: Numara
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
vd.	: Ve devamı
Yarg.	: Yargıtay

Sayın konuşmacıya teşekkür ediyorum. Şimdi Ege Üniversitesi'nden sayın Türker Bey konuşacak. Buyrun Türker Bey.

KAMU ZARARI - KURUM ZARARI İLİŞKİSİ, GENEL KABUL GÖRMÜŞ MUHASEBE İLKELERİ ÇERÇEVESİNDE KAMU ZARARININ DENETİMİ VE SAPTANMA ÖNERİSİ²²

Doç.Dr. Türker SUSMUŞ²³

GİRİŞ

5018 sayılı Yasa ile literatürümüze girmiş olan Kamu Zararı kavramı anılan Yasa'nın en çok tartışılan konularından biri konumundadır. 5018 sayılı Yasa'dan önce kamu zararı; hazine alacağı, kamu alacağı, devlet alacağı adlarıyla bilinirken, uygulamada da 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu'na göre şekillendiriliyordu. 5018'den sonra bu kavramlar terk edilip yerini kamu zararı kavramı aldı. 5018 sayılı Yasa öncesinde sorumluluk "kusursuz sorumluluk" iken, 5018 sayılı yasada "kusurlu sorumluluk" benimsenerek sınırlandı ve kasıt, kusur veya ihmalleri çerçevesinde sorumluların sorumlulukları üzerinde olduğu ileri sürülmeye başlandı. Oysa, 5018 sayılı yasada kamu zararı konusunda çizilen sınırlar belirgin olmadığından dolayı 1050 sayılı yasadaki bakış açısı uygulamada büyük ölçüde devam etti. Bu yönüyle, bu çalışmada, gerek literatüre gerekse uygulamaya olumlu katkılar sağlamak amacıyla kamu zararı konusuna eleştirel bir akademik bakış açısı getirilerek aydınlanmanın sağlanması için özeleştirilme yapılacaktır.

1. GENEL OLARAK 5018 SAYILI YASA VE KAMU ZARARI KAVRAMI

Türkiye'de mali yönetim alanında çıkarılan ilk kanun 1927 tarihli ve 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu olup bu Kanun bazı değişikliklerle 2004 yılına kadar varlığını sürdürmüştür. 1050 sayılı Kanun mali mevzuatın anayasası olarak da adlandırılmaktadır. Gelişen ve değişen koşullara yeterince uyum sağlayamayan Kanun 24.12.2003 tarihinde tamamen yürürlükten kaldırılmış, yerine 24.12.2003 tarih ve 25329 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu çıkarılmıştır. Ancak 5018 sayılı Kanun'un esasa ilişkin maddeleri 01.01.2005 tarihinde yürürlüğe

²² Bu çalışmanın önemli bir kısmı Ege Üniversitesi İ.İ.B.F.'nce 25-27 Mart 2011 tarihlerinde İzmir'de düzenlenen "Kamu Mali Yönetimi ve Denetimi Sempozyumu" nda tebliğ olarak sunulmuştur.

²³ Ege Üniversitesi İ.İ.B.F. İşletme Bölümü Muhasebe-Finansman Anabilim Dalı Bşk.

girmiştir. Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nda yer alan düzenlemeler genellikle mali usulle ilgilidir. Mali alanda yer alan yetki ve sorumluluklar ise daha çok idari yapıya bağlı görevler şeklinde değerlendirilmiştir. Bir başka deyişle; sayman, tahakkuk memuru, ita amiri ve diğer görevler bu görevleri yürütenlerin memuriyet unvanlarından ayrışık durumda olmuştur.²⁴

5018 sayılı Kanun, özellikle kamu mali yönetim sisteminin kapsamı, hesap verilebilirlik, saydamlık, muhasebede birlik, devlet mali istatistiklerinin oluşturulması ve dış denetim gibi alanlarda başarılı olunabilmesi için önemli düzenlemeler içermektedir.²⁵ Bir diğer ifadeyle, hesap verme ile şeffaflığı geliştirme amacına yönelik olarak stratejik planlama, performans ölçümü, iç ve dış denetim gibi kamu yönetimi ilkeleri üzerine inşa edilmeye çalışılmıştır. 5018 sayılı Kanun'un 1inci maddesinde, Kanun'un amaçlarından birinin hesap verebilirliği sağlamak olduğu belirtildikten sonra 8 inci maddede hesap verme sorumluluğu düzenlenerek her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında görevli ve yetkili olanların, kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, kullanılmasından, muhasebeleştirilmesinden, raporlanmasından ve kötüye kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınmasından sorumlu ve yetkili kılınmış mercilere hesap vermek zorunda oldukları hüküm altına alınmıştır.²⁶

5018 sayılı Kanun'un 49 uncu maddesinde, muhasebe sisteminin; karar, kontrol ve hesap verme süreçlerinin etkili çalışmasını sağlayacak ve mali raporların düzenlenmesi ile kesin hesabın çıkarılmasına temel olacak şekilde kurulacağı ve yürütüleceği belirtilmiştir. Ayrıca kamu hesaplarının, kamu idarelerinin gelir, gider ve varlıkları ile mali sonuç doğuran ve özkaynağın artmasına veya azalmasına neden olan her türlü işlemlere ilişkin kayıtların titizlikle tutulması, garantilerin ve yükümlülüklerin belirlenmiş bir düzen içinde hesaplara kaydedilmesi, gerektiğinde ilgili birimlere ve kamuya bilgilerin sağlanması gerekliliği öngörülmüştür.²⁷

Kamu zararı kavramı ise 5018 sayılı Yasa'nın 71. maddesinde ele alınarak hükme bağlanmış ve Yasa'da "**Kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır**" şeklinde tanımlanmıştır.

24 Mustafa Lamba, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, "5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi Ve Kontrol Kanunu'nun Türk Bütçe Sistemine Getirdiği Yenilikler Ve Kamu Mali Yönetimine Olası Etkileri", Afyon 2006, <http://tez2.yok.gov.tr>

25 Baki Kerimoğlu, "Kamu Mali Yönetimi e Kontrol Kanunu Çerçevesinde Harcama Reformu, Kesin Hesap ve Parlamento Denetimi", Mali Kılavuz, Yıl:2004, Sayı: 24, s. 72

26 Yılmaz Özkan, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, "5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu Kapsamında İç Denetimin Değerlendirilmesi ve Öneriler", Doktora Tezi, İstanbul 2008, s. 34, <http://tez2.yok.gov.tr>

27 Yılmaz Özkan, a.g.e., ss. 80-81

Ayrıca kamu zararının belirlenmesinde ise aşağıdaki konuların ele alınacağını da altı çizilmiştir:

- a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,
- b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,
- c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,
- d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,
- e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,
- f) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması

Yasa'nın 71inci maddesine göre Kamu zararının oluşması halinde, zararın olduğu tarihten itibaren ilgili mevzuata göre hesaplanacak faiziyle birlikte ilgililerden tahsil edilecek, daha ağır filleri işleyenlere ise her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dahil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarına kadar para cezası verilecektir.

2. 5018 SAYILI YASA ÖNCESİ VE SONRASINDA KAMU ZARARI

5018 sayılı Yasa öncesinde kamu zararı kavramı yerine hazine alacağı, kamu alacağı, devlet alacağı kavramları kullanılmakta ve 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu'na göre sınırsız sorumluluk esasına göre kişi borçları kapsamında değerlendirilmekteydi.

İdari süreç veya denetim ya da adli, idari ve Sayıştay ilamları ile tespit edilen her türlü fazla ve yersiz ödeme, noksan tahsilat veya kural dışı eylem veya işlemten kaynaklanan tutarlar kişi borcu olarak ilgilileri ve sorumluları adına hesaplara kaydediliyordu. Sayıştay ilamları gereğince sorumluları adına hesaplara alınan tutarlar ise zarara neden olanlar tarafından kusursuz sorumluluk çerçevesinde sayman, tahakkuk memuru, ilgili ita amirleri gibi sorumlularca ödenmesi gerekmekte birlikte sorumlulardan çok genellikle ilgililerden bir şekilde tahsil yoluna gidilmekteydi. Kişi borçlarında kayıtlı kamu alacakları, parasal değerinin ötesinde toplum üzerinde moral değerler açısından daha fazla olumsuzluk içermekteydi. Bu olumsuzlukları gidermeye, takip ve tahsil sürecini etkinleştirip disipline etmeye yönelik olarak konu Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu'nda ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir.²⁸

28 Eyüp Kızılkaya, "Kamu Zararı Uygulamalarının Eleştirisi", *Dış Denetim*, Temmuz-Ağustos-Eylül 2010, s. 175

Yaygın kabul gören görüş ise 5018 sayılı Yasa ile getirilen kamu zararı kavramında kusurlu sorumluluk esası net bir şekilde vurgulanarak belirsizliğin ortadan kaldırılması ve kamu zararlarının sadece kamu görevlilerinden tahsili yerine ilgililer bağlamında zarara konu tutarı haksız veya sebepsiz iktisap eden gerçek ve tüzel kişilerden tahsilinin yolu açıldığı²⁹ genel olarak ifade ediliyordu.

Bu yaygın görüşün temeli olarak 5018 sayılı Kanun'un 71. maddesindeki hükümden hareket ederek kamu zararının oluşması için;

• **Kamu görevlilerinin KASIT, KUSUR VEYA İHMALLERİNDEN BİRİ OLACAK**

• **Mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda KAMU KAYNAĞINDA ARTIŞA ENGEL VEYA EKSİLMEME NEDEN OLUNACAKTIR.**

Bu noktada sorulması gereken tek soru şudur:

• ***1050 ve 5018 sayılı Yasalar kıyaslandığında gerçekten bir şey değişmiş midir?***

• ***Daha açık bir deyimle, 1050 sayılı Yasa ile kusursuz sorumluluk esası söz konusu iken 5018 sayılı Yasa ile kusurlu sorumluluk esası mı getirilmiştir?***

Uygulama sürecindeki gözlemlerimin ışığında şahsen bir değişikliğin olmadığı kanaatindeyim. Çünkü, denetim elemanlarının kamu zararına olan “bakış açısı” değişmediği sürece 5018 sayılı Yasa ile kusurlu sorumluluk esasının benimsendiğini söylemek çok da gerçekçi olmayacaktır. Kanunlarda yazılı olsa bile uygulama çok önemlidir. Kaldı ki, Kanun maddesi irdelendiğinde, ***Kamu görevlilerinin KASIT, KUSUR VEYA İHMALLERİNDEN BİRİNİN VARLIĞINA İŞARET ETMEKTEDİR.*** Örneğin, olayda kasıt yoksa bile konu ihmal olarak değerlendirilirse, bu durumda kamu görevlilerinin kamu zararından kaçmaları kanımca mümkün görülmemektedir. Çünkü, ihmal kelimesi son derece geniş kapsamlı bir kelime olup çalışmanın ileri kısmında değinilecektir.

3. MEVCUT YASALARDA SORUMLULUK KAVRAMI

818 sayılı Borçlar Kanununda Sorumluluk;

“Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur” şeklinde tanımlanmıştır.

1 Temmuz 2012 yürürlüğe girecek yeni Borçlar Kanunu'nda ise sorumluluk;

²⁹ Kızılkaya, a.g.e., s. 176

“Madde 49- Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür” şeklindedir.

Zararın ve kusurun ispatı ise madde 50’de hükme bağlanmıştır.

“Madde 50- Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.”

Mevcut 818 sayılı Borçlar Kanunu ile 1.7.2012’de yürürlüğe girecek 6098 sayılı Borçlar Kanunu kıyaslandığında;

- 818 sayılı mevcut Borçlar Kanunu, tıpkı 5018 sayılı Yasa’da olduğu gibi kasıt, kusur veya ihmal üzerinde dururken,
- 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu ise *iddia sahibinin ispat yükümlülüğüne daha fazla vurgu yaparak* “zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.” hükmünü getirmiştir.

Diğer yandan, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 12. maddesine göre;

*“Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar. **Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.**”*

Yukarıda görüldüğü üzere yeni Borçlar Kanunu, zarar verenin varsa kusurunu ispat etme yükümlülüğünün zarar gören tarafından yapılacağını açıkça hükme bağlamış olması açısından yapıcı bir gelişmedir. Ancak, gerek 5018 sayılı Yasa’nın 71. maddesinde, gerekse 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 12. maddesinde kasıt ve ihmalin aynı maddede yer alması ise uygun değildir. Çünkü, kusur; kasıt ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

4. HUKUK LİTERATÜRÜNDE KUSUR KAVRAMI

Kusur; hukuk düzeninin kınadığı, bir bakıma hoş görmediği davranış biçimidir. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak gereken tarzdan sapılmış olmasıdır. Kusur yoksa, sorumluluk da yoktur. Aşağıda açıklandığı üzere, kusuru ise kasıt ve ihmal olmak üzere iki açıdan ele almak mümkündür: ³⁰

30 Selçuk Sarıyar, “Kusurun Tanımı ve Nesnelliği”, İstanbul 2008, ss. 3-13 <http://www.hubyar.eu/SiteFiles/makaleler/kusurun%20tanimi%20ve%20oznelligi.pdf> (Erişim tarihi 20.03.2011)

a) **Kasıt**: Kasıt iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlar, eylemi tasarlama ve isteme unsurlarıdır. Tasarlama unsuru, hukuka aykırı sonucun, sorumlu tarafından tasarlanmasını, bilinmesini, öngörülmesini ifade eder. İrade ise, bu sonucun sorumlu tarafından istenmesi, kabul edilmesidir. Böylece kasıtta, sorumlu, hem davranışı hem de hukuka aykırı sonucu istemektedir. Buna karşın, hukuka aykırı sonucun mutlaka arzu edilmesi şart değildir. Bunun tasvip ve kabul edilmesi, göze alınması da yeterlidir. *Buna karşın, zarar verenin veya sorumlunun davranışının hukuka aykırı bir nitelik taşıdığını bilmemesi de kasıtı ortadan kaldıracaktır.*

Kasıt; *doğrudan doğruya kasıt*, dolaylı kasıt olmak üzere ikiye ayrılır.

- Doğrudan doğruya kasıtta zarar veren, meydana gelen sonucu doğrudan doğruya istemekte, kabul etmektedir. Örneğin, sorumlu, mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunacağını biliyorsa, bu durumda eylemlerinde “doğrudan doğruya kasıt” vardır.

- “Dolaylı kasıt”ta ise zarar veren, ortaya çıkan sonucu doğrudan doğruya istememekle birlikte onu göze almakta, bir bakıma kabul etmektedir. Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan önce ilgililere ödeme yapılması durumu buna örnek olarak verilebilir. İşte burada sorumlu, mevzuata aykırı olan bu eylemin sonucunda kamu zararının ortaya çıkmasını doğrudan doğruya istememekle birlikte, böyle bir sonucun gerçekleşme ihtimalini kabul etmekte, onu göze almaktadır. **Peki sorumlu esasen bu yola niçin başvurmaktadır?** Bu tür bir dolaylı kasıtın, aslında ileride açıklanacak Genel Kabul Görmüş Muhasebe İlkeleri çerçevesinde dikkatle incelenmesinde fayda vardır. Kanımca burada incelenmesi ve sorgulanması gereken çok önemli bir konu bulunmaktadır. *Bu tür bir dolaylı kasıtta, sorumlu, İhale Yasası’nın getirdiği ağır ve yavaş işleyen süreç nedeniyle ve işin de son derece ivedi olması nedeniyle, yetkilisi bulunduğu kurumdaki işlerin daha hızlı akmasını veya sosyal sorumluluk bilinciyle kamuya verilen hizmetin hızlandırılmasını mı arzu ederek hareket etmiştir veya mevzuata aykırı bu eylemi kendisine veya bir kişi ya da kuruluşa menfaat sağlamak için mi gerçekleştirmiştir?* Denetim işini yerine getirenlerin bu sorumluluğu bu yönüyle ve hayatın gerçeklerine göre incelemelerinde yarar bulunmaktadır. Her arz nasıl kendi arzını yaratırsa, her olay da kendi nedenini ve gerekçesini açıklar. Özetle, olayları düz mantıkla sığ bir biçimde değil, kendi içinde ve öncelikle muhasebenin özün önceliği ilkesine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü, Kanun’un 71. maddesine göre kamu zararının kavramının özünde **“MEVZUATA AYKIRI KARAR, İŞLEM VEYA EYLEMLERİ SONUCUNDA KAMU KAYNAĞINDA ARTIŞA ENGEL VEYA EKSİLMEME NEDEN OLUNACAKTIR”** hükmü yer almaktadır.

Eylem mevzuata aykırı olsa bile Kanun'un lafzına ve ruhuna uygun davranılarak denetim elemanlarının öncelikle irdelemesi gereken konu, anılan eylemin gerçekleştirilmesi sonucunda, gerçekten de KAMU KAYNAĞINDA ARTIŞA ENGEL VEYA EKSİLMEME NEDEN OLUNUP OLUNMADIĞI konusu olmalıdır. Aksi takdirde olaya sadece mevzuata aykırı penceresinden bakarak kamu zararına hükmetmek, Kanun'un 71. maddesinde emrettiği "*kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye*" neden olup olunmadığını araştırmadan ve irdelemeden "*kamu zararı vardır bakış açısı gözlüğünü takmak*", Kanun'un 71. maddesinin özüne ne kadar uygundur, bu noktada özeleştirii yapılmasında fayda vardır._

b) **İhmal:** hukuka aykırı sonuç istememekle birlikte, bu sonucun doğmasını önlemek için gereken özenin gösterilmemesidir. Kısaca ihmal; özen eksikliğidir. Ağırlık derecesine göre ihmal; ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılır: Buna göre;

- Ağır ihmal, *en basit özenin* gösterilmemesi;
- Hafif ihmal ise, *dikkatli bir kişiden beklenen* özenin gösterilmemesidir.

Ağır ihmalde olayın sonucu kolayca görülebilir nitelikte olup önemli bir özen eksikliği nedeniyle ortaya çıkarken, hafif ihmalde *dikkatli bir kişiden, yani olaylara hakim, mevzuatı da iyi bilen, işi iyi bilen, sisteme hakim birinden beklenen* özenin gösterilmemesidir.

Kanun'un 71. maddesine dikkat edildiğinde, "*Kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan...*" şeklinde bir ibareye yer verilmiştir. Oysa, yukarıda açıklandığı üzere kusur, hem kasıtı hem de ihmali kapsadığı için Kanun'da kasıt, kusur veya ihmal şeklinde üç unsurun bir arada olması kanımca yerinde değildir. Ayrıca, ihmalin iki açıdan ele alınması nedeniyle, Kanun'da ihmal kelimesinin de daha açık bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Bu yönüyle, Kanun metninden kusur kelimesinin geniş ve toplayıcı bir kelime olması nedeniyle çıkarılarak "*Kamu görevlilerinin kasıtlı davranarak veya ağır ihmallerinden kaynaklanan...*" şeklinde olmasında yarar bulunmaktadır.

Diğer yandan, hukukta kusur aşağıda açıklanacağı üzere subjektif ve objektif kusur olmak üzere iki açıdan daha ele alınmaktadır:³¹

a) **Subjektif kusur:** Burada kusur ilgilinin psikolojik ve moral şartlarına göre değerlendirilmektedir. Yani o anki ruh hali de önem arz etmektedir. Bir davranışın ilgiye kusur olarak yükletilebilmesi için, onun haksız fiili işlerken içinde bulunduğu psikolojik ve fikri şartları, kişisel

yeteneklerini, yetiştirme, eğitim ve öğrenim düzeyini, fiziki kapasitesini, mesleki becerilerini göz önünde tutmak gerekir. Kusur, zarar verici davranışla değil, sorumlunun, iradi ve zihni yapısıyla ilgilidir. Bir davranış, sorumluya kusur olarak yükletilirken, onun kişisel ve bireysel nitelik ve yeteneklerinden soyutlanamaz. Subjektif teoriye göre kusur, sorumludaki bir irade zayıflığı, bir irade eksikliğidir.

b) Objektif Kusur: Burada bir davranışın kusurlu olup olmadığı değerlendirilirken, zarar veren veya sorumlu için objektif bir tip ele alınmaktadır. Bu tip, sorumlunun mensup olduğu sosyal grup içinde, aynı şartlar altında yaşayan normal ve makul bir insan tipidir. Bu noktada sorulması gereken samimi ve içten sorular ise şunlardır:

- Hepimiz ne kadar normal ve makul bir insan tipine uygun durumdayız?
- Devlet kadrolarında yer alan tüm sorumlular, sosyal grup içinde, aynı şartlar altında yaşayan normal ve makul bir insan tiplerini aynen örnek midirler?

Bu kişiler eğer yetersizse, üst yöneticinin bu kişileri işten çıkarabilmesi veya yerlerine yenilerini istihdam edebilmesi, nitelikli bir kadro ile çalışmak için bir değişiklik yapabilmesi mevcut yasal mevzuat gereği mümkün müdür? Bu konu özellikle şu açıdan önemlidir. İlgili yöneticinin idaresinde çalışanların her eylem ve davranışlarını veya emrinde çalışanlarca düzenlenmiş tüm evraklardaki bilgilerin kesin olarak doğruluğunu bilebilmesi ve kontrol edebilmesi mümkün değildir. Bu durumda, ilgili yönetici mevcut kadro ile işlerini sürdüreceği için kamu zararına denetim elemanlarının bakış açısı öncelikle Kanun'un lafzı ve ruhuna uygun olarak ileride açıklanacak ilkeler çerçevesinde olmalıdır. Aksi takdirde dürüst ve güvenilir kişileri yöneticilik konumunda görmek mümkün olmayabilir. Bir bakıma Muhasebat Eski Genel Müdürü ve Sayıştay Başsavcısı Sayın Ömer Duman'ın Ege Üniversitesi'ndeki Kamu Mali Yönetimi ve Denetimi Sempozyumunda ifade ettiği gibi kurumlar deneyimli ve işi bilen yöneticileri bulamayacak, bir bakıma taşın altına elini koyacak kişiler görev almak istemeyeceklerdir.

Sonuç itibariyle objektif ihmal üzerinde yoğunlaşarak subjektif ihmalin göz ardı edilmesinin hayatın gerçeklerine ne kadar uygun olduğu yorumunu ise okuyuculara bırakıyorum. Bu durumda akla şu soru gelebilecektir: **Ne yapılmalıdır? Cevap:**

- 5018 sayılı Yasa'daki kamu zararı tanımında yer alan "ihmal" konusu netleştirilerek Kanun metninde sadece "ağır ihmal veya kasıt" kelimesinin kanımca eklenmesi,

Ayrıca kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunup olunmadığı araştırıldıktan sonra böyle bir durum gerçekten varsa bu sefer de ilgili kamu görevlisinin bu işten kendisinin ya da yakın çevresinin herhangi bir menfaat sağlayıp sağlamadığı da saptanmalı, yani ihmal derecesi açık ve net bir biçimde belirlenmelidir. Ortada ihmal nedeniyle bir kamu zararı doğmuş olsa bile yöneticilerin hiç hata yapma şansı yok mudur? Kamu görevlileri *“Devletin en üstündeki yöneticiler hata yapabiliyorlar da biz de insanız hata yapma şansımız hiç yok mudur?”* diye bu durumu elbette ki sorgulayacaklardır.

Ayrıca, gözden kaçırılmaması gereken husus, 5018 sayılı Yasa kapsamında kişinin mali sorumluluğa muhatap kılınabilmesi için mevzuata aykırılığın tek başına hiçbir zaman yeter şart olmadığı³², ihmal sonucu ortaya çıkacak kamu zararının fiilen kamu kaynağında artışa engel ya da eksilmeye neden olup olmadığının tespit edilmesi gerekliliğidir.

5. “KURUM ZARARI” KAMU ZARARI MIDIR?

Kamu kurumlarında ve özellikle de denetim elemanları arasında tartışılan en önemli konuların başında KAMU ZARARI İLE KURUM ZARARI ARASINDAKİ KARMAŞA veya konunun farklı bakış açıları ile ele alınması gelmektedir. Bu farklı bakış açısı ya da karmaşa, esasen, kamu kurum ve kuruluşlarının birbirleriyle olan ilişkileri hakkında mevzuatta yeterli açıklama ya da hükümlerin bulunmamasından kaynaklanmaktadır.

Kurum zararı, genel olarak bakıldığında, kamu kurum ve kuruluşlarındaki yöneticilerin yürütmüş oldukları eylem ve faaliyet sonucunda kurumun zararına yol açacak ödemelerde bulunması şeklinde tanımlanabilir. İlk bakışta, kurum zararı ile kamu zararı konusunun birbirine benzediği izlenimini edinmek mümkündür. Ancak, kanımca, burada irdelenmesi gereken konu, **KURUMU ZARARA YOL AÇACAK ÖDEME İŞLEMLERİNİN BİR KAMU KURUMUNA MI YAPILDIĞI YOKSA KAMU KURUMU DIŞINDA ÖZEL BİR KURUM, KURULUŞ YA DA ŞAHSA MI YAPILDIĞI NOKTASINDA TOPLANMALIDIR.**

Kamu zararı, daha önce de vurgulandığı üzere, mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda “KAMU KAYNAĞINDA” artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır. Bir kamu kurumunca mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda yapılmış bir ödeme var ve bu ödemeyi de diğer KAMU KURUMU tahsil etmişse, ödemeyi yapan kurum yöneticisi kurumu zarara uğratmış olsa bile konu “KAMU” AÇISINDAN ele alındığında,

32 Salim Demirel ve Cengiz Keleş, “5018 Sayılı KMYK Kanunu'na Göre Kamu Zararı”, Dış Denetim, Temmuz-Ağustos-Eylül 2010, s. 182

“kamu kaynağında” artışa engel veya eksilmeye neden olunmadığından, daha açık bir deyimle her iki kurum da kamu kurumu olduğundan ve bir kamu kurumunda yapılan ödemeyi diğer kamu kurumu tahsil ettiğinden, bu tür bir olayda KAMU ZARARININ SÖZ KONUSU OLMAYACAĞI GÖRÜŞ VE KANAATİNİ TAŞIMAKTAYIM. Çalışmanın ileriki kısmında yer alan muhasebenin özün önceliği ilkesi gereğince de bu tür bir olayın kamu zararı olmayacağı yönündeki akademik görüşümü bilimsel olarak da belirtmeyi bir görev biliyorum.

6. DENETİM GÖREVLİLERİNİN KAMU ZARARINA BAKIŞ AÇISI VE RAPORLARI

Bu konu başlığını daha iyi açıklayabilmek için şu soruya cevap aramak yararlı olacaktır:

“Denetçinin yazdığı rapor yeterli değil veya mevzuata uygun değilse ve bu rapora ilgili kamu görevlisi uyar, bir başka incelemede diğer denetçi tarafından yapılan uygulamanın hatalı olduğu ortaya çıkarsa, önceki rapora aynen uyararak hatalı uygulama yapan kamu görevlisi kamu zararı sorunu ile karşılaşabilir mi?”

Cevap evet olacaktır. Şöyle ki;

• 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 24/3. maddesinde *“Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.”*

• 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 11. maddesi *“Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez, yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.”*

Yukarıdaki her iki Kanun metni incelendiğinde, gerçek hayatta ve uygulamada, astların üstlerinin emirlerine ne derece karşı çıktıklarını veya uygun olmayan denetim raporlarına karşı ne derece karşı koyabildikleri gerçeğini anlama konusunu yine okuyucuya bırakmak istiyorum. Sonuç olarak, nasıl ki üniversite öğretim üyelerinin yazmış oldukları kitaplarda yanlışlıklar olabilir veya yazdıkları eleştirilebilirse, denetçilerin de raporları doğal olarak eleştirilebilir, hatta raporları hatalı da olabilir.

Sonuçta bu Yasa, yöneticilere hiç hata yapma şansı tanımamakta, sıfır hata ile çalışmayı emretmektedir. Aksi takdirde, yöneticiler kişisel hiçbir menfaat bile sağlamadıkları bir tutar için kamu zararının tazmini konusuyla karşı karşıya kalabilmektedirler. Literatürde olan “yöneticileri bırakınız yapsınlar bırakınız yönetsinler” anlayışını düşünürken yöneticilerin hiç hata yapma şansı olmadığını, şahsi ya da 3. şahıslara menfaat bile sağlamasalar bile kamu zararını tazminle karşılaşacaklarını unutmamaları gereklidir.

5018 sayılı Yasa'nın 71. maddesinin sağlıklı işlemesi için en fazla iş kime düşmektedir? Kanımca cevap çok net: DENETİM GÖREVİNİ YERİNE GETİRENLERE... Denetim elemanlarının inceledikleri kurumda *"Kamu Zararı vardır, mutlaka bulacağım"* anlayışı ile hareket etmelerini değil, Sayıştay Başkan Yardımcısı Sayın Erol Akbulut'un Ege Üniversitesince düzenlenen Kamu Mali Yönetimi ve Denetimi Sempozyumunda ifade ettiği gibi *"kurumlara paydaş gözüyle bakarak, onlara yol göstermesi, rehber olması, öğretici olması"* gereklidir. Çünkü, denetim görevini yerine getirenler, esasında, denetlediği kurumların bir bakıma öğrencileri, yani öğretmenleridir. Burada belirtmeye çalıştığım, kamu zararını bulmamaları veya varsa da görmezden gelmeleri yönünde değildir. Belirtmeye çalıştığım konu denetim elemanının kurumlara olan bakış açısıdır. Örneğin, öğretim üyeleri olarak bizler, üniversite öğrencisinin sınav kağıdını okurken "mutlaka hata vardır" anlayışı ile hareket edersek o sınav kağıdında hata bulamamak mümkün değildir. Ama sınav kağıdını okurken "soruya verilen cevapta nereye puan verebilirim" anlayışı ile hareket edersek sonuç çok daha farklı olacaktır. Varsayalım ki öğrenci sınavdaki sorunun cevabına ilişkin sonucu yanlış hesaplamıştır. Ancak cevapta gidiş yolu doğru veya özünde konuyu öğrenci iyi bilmekte olup küçük bir matematiksel hata yapmıştır. Bu durumda hepsini yanlış kabul edip öğrenciye hiç puan verilmeyeceği gibi, yaptığı hatanın doğallığını anlayarak belki de tam puan bile verilebilir. Uygun olan öğretim üyesinin sınav kağıdına yapıcı ve olumlu bakış açısı ile ele alması durumudur. Burada belirtilen örneklerle açıklamaya çalışılan husus sadece **denetim elemanlarının bakış açısının olası sonuçlarıdır.**

Bu konuda çözüme yönelik önerim ise; **DENETİM ELEMANLARININ UYGULAMA SÜRECİNDE BELİRLİ BİR SÜRE, ÖRNEĞİN 3 YIL HARCAMA YA DA GERÇEKLEŞTİRME GÖREVLİLİĞİ GİBİ, GÖREV ALDIKTAN SONRA DENETİM GÖREVİNİ ÜSTLENMELERİDİR.** Örneğin, biz öğretim üyeleri, öğrencilik yaptıktan sonra (lisans, yüksek lisans, doktora gibi) öğretim üyeliğine geçmekteyiz. Oysa, denetim elemanları belirli bir temel eğitimden geçtikten hemen sonra ve uygulamada görev almaksızın doğrudan denetim elemanı olmaktadır. Dolayısıyla da uygulamada yaşanan aksaklık ve süreç içinde yer almamaları denetim mesleği açısından kanımca bir sağlıklı gelişme değildir.

7. KAMU ZARARININ GENEL KABUL GÖRMÜŞ MUHASEBE İLKELERİ BAKIŞ AÇISIYLA SAPTANMASI VE DENETİMİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

Konuyu aşağıda belirtilen ilkeler çerçevesinde açıklamak mümkün olacaktır. Belirtilen hususlar temel ilkeler olup uygulamada denetim elemanlarının aşağıdaki ilkelere aykırı eylemde bulunduğu yönünde

tarafımca bir iddiada bulunulmamakta, aksine etik ve bilimsel ilkelerin özümсенerek “bağcı dövmeк değil, üzüm yemek” anlayışı ile bu görüşlerimi oluşturulduğumu ve paylaştığımı önemle vurgulamaktayım.

1. Sosyal Sorumluluk: Bu ilke, denetim elemanlarının görevlerini yerine getirirken herhangi bir şahıs, kurum veya siyasi parti çıkarlarına yönelik değil toplumun kamu vicdanı ve çıkarlarını, gerçeği, mesleki etik ilkelerini gözeterek denetim görevinin yapılması gerektiğini ifade etmektedir.

2. Kişilik: Kamu zararının belirlenmesinde sorumluların sorumlu olup olmadıkları değerlendirilirken geniş bir bakış açısından bakılarak çalışma içinde açıklanan “ağır ihmal ve kasıt” unsurlarının dikkate alınması, ayrıca burada kişisel ya da 3. şahıslara menfaat sağlama amacı olup olmadığı da irdelenerek kamu zararı saptanmalıdır.

3. Süreklilik: Bu durum özellikle hafif ihmal durumlarında dikkate alınmalıdır. Örneğin, bir kurumda hafif ihmale dayalı hata ortaya çıkmış ve bu durum denetim elemanınca yazılı uyarısı ile dikkatli olunması istenmiş ve o yıl herhangi bir tazmine gidilmemiş, ancak sonraki yıl ya da yıllarda aynı hatalar ilgili yönetici tarafından yapılmaya ısrarla devam edilmişse, yani ihmallerin sayısı yıldan yıla artmışsa, olayın hafif ihmal derecesinin ağır ihmal şekline dönüştüğü kanısına varılabilecektir.

4. Dönemsellik: Zararın tespiti dönemler bazında incelenmeli ve her olayı kendi şartları içinde değerlendirilmelidir.

5. Para ölçüsü: Kamu zararı parayla ölçülebilmelidir. Örneğin, Hastane bahçesine herhangi bir işletme tarafından asılan duyurulardan dolayı Döner Sermaye İşletme Müdürüne “sen burada sorumlusun, kamu zararı vardır” denilmemelidir. Yani, hastane bahçesine asılan duyurudaki faaliyeti görerek, bir başka işletmenin elde edeceği olası gelirleri niçin döner sermaye yapmamaktadır diye ilgili müdür sanki kamu kaynağındaki artışı engellemiş, ihmalde bulunmuş gibi sorgulanmamalı, çalışma inanç ve azmi kırılmamalıdır. Ege Üniversitesince düzenlenen Kamu Mali Yönetimi ve Denetimi Sempozyumunda Muhasebat Genel Müdür Yardımcısı Sayın Eyüp Kızılkaya’nın da ifade ettiği gibi *“Harcama yetkililerinin bu tarafa da baktınız suç, bu tarafa da baktınız suç, aşağıya neden bakmadınız suç şekline dönüştüren bir durum”* a sokulmaması gereklidir.

6. Maliyet İlkesi: Burada, kamu zararı saptanırken maliyet-fayda analizi yapılarak sorumlular ve çevresinin şahsi bir menfaat sağlayıp sağlamadıkları incelenmelidir. Çünkü, yöneticilerin olası kontrol dışı, bilinçsiz hataları da söz konusu olabilecektir.

7. İhtiyatlılık: Denetçiler ihtiyatlı davranmalı, kurumlara suçluymuş gibi bakarak kamu zararı vardır anlayışından çok yapıcı, eğitici ve

öğretici denetim yapmalı, kurumlara paydaş gözüyle bakarak yol gösterici bir rehber olmalıdırlar.

8. Tutarlılık: Denetçilerin raporları kurumlar arasında farklılık göstermemeli, paralel olmalıdır. Örneğin, aynı konuda, bir kuruma farklı diğer kuruma da bir takım grup ya da siyasi görüşe yakın olması nedeniyle farklı görüş içeren rapor hazırlanmamalıdır. Çünkü bu durum, denetim mesleğine olan güvenin sarsılmasına neden olacak ve gerek kişilerde gerekse kamu vicdanında rahatsızlık yaratacaktır.

9. Tarafsızlık ve Belgelendirme: Kamu zararı objektif belgelerle ve tarafsızca saptanmalıdır.

10. Tam Açıklama: Denetçiler kamu zararını somut ve açık bir şekilde açıklamalı, ayrıca denetim raporuna verilen cevapları, bir bakıma kurumlarca yapılan savunmaları da aynı itina içinde incelemeli ve “anlamaya çalışmalıdır”.

11. Önemlilik: Kamu zararının ortaya çıkmasında sorumluların ilgili eylem ve faaliyetin gerçekleşmesinde önemli bir etkisi var mıdır yok mudur dikkatle incelenmelidir. Bir bakıma davul başkasında, tokmak ise başkasında mıdır bu da incelenmesi ve tartışılması gereken belki de bir başka konudur.

12. Özün Önceliği: Olayın şekline değil, özüne bakılmalıdır. Kamu zararı olduğu ileri sürülen konu bir usul ya da biçim hatası mıdır, yoksa özünde kamu zararı gerçekten var mıdır? Örneğin, kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmuşsa ve sadece yanlış bütçe faslından ödeme yapılmışsa bu durum kamu zararı varlığına işaret etmemelidir. 5018 sayılı Kanun’un 71. maddesinde belirtildiği gibi, “kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmuş bir durumun var olup olmadığı araştırılmalı, olayın özünden sapılmamalıdır.” Elbette ki usul veya biçim hatası denilirken kamu zararının saptanmasında, hukukun temeli olan delil toplamaya ilişkin usul hatasına veya usulsüz delil toplama konusuna burada kesinlikle değinilmemektedir. Burada Kanun’un 71. maddesinin yanlış yorumlanması önüne geçilerek olayın özünde kamu zararı olup olmadığının araştırılması gerektiğine tarafımda işaret edilmektedir. **Ayrıca, kamu zararı, kurum zararı gibi değerlendirilmemelidir.** Örneğin, bir devlet kurumundan bir başka devlet kurumuna ödeme yapılması durumlarında, ödeme yapan kamu kuruluşunun bu tutar gideri, ödeme yapılan diğer kamu kuruluşunun ise geliri olduğu, Kamu Kaynağı genel olarak değerlendirildiğinde ise Yasa’nın 71. maddesindeki kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmadığı ya da olmayabileceği durumlarının da denetim elemanlarınca ortak akıl çerçevesinde değerlendirilmesi uygun olacaktır.

SONUÇ

Kamu zararı 5018 sayılı Yasa içinde tartışılan ve kritik olan konuların başında yer almaktadır. Çalışma içinde açıklandığı üzere kamu kurumları arasındaki ilişkilerde doğabilecek kurum zararlarının kamu zararı olarak nitelenmemesi gerekmektedir. Bu durum aynı zamanda özün önceliği ilkesine uygun bir yaklaşımdır.

Kamu zararının inceleme ve varlığının araştırılması aşamasında Genel Kabul Görmüş Muhasebe İlkeleri gereğince hareket edilmesi, hem denetimin etkinliğini arttırarak amacına ulaşılmasını sağlayacak hem de 5018 sayılı Yasa'nın gereklerinin yerine getirilmesine hizmet edecektir. Çalışma içinde detaylı olarak açıklanmakla birlikte kamu zararı konusundaki görüşlerimin çıkış noktası, anılan konudaki mevzuat ve uygulamaya akademik açıdan eleştirel bakarak gerek literatüre gerekse uygulamaya olumlu katkılar sağlamaktır. Çalışmanın özellikle bu yönüyle değerlendirilerek özeleştirisi yapılması ülkemizin ve kurum çalışanlarımızın gelişmesine olumlu etkiler sağlayacaktır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Baki Kerimoğlu, *“Kamu Mali Yönetimi Kontrol Kanunu Çerçevesinde Harcama Reformu, Kesin Hesap ve Parlamento Denetimi”*, Mali Kılavuz, Yıl:2004, Sayı: 24
- Eyüp Kızılkaya, *“Kamu Zararı Uygulamalarının Eleştirisi”*, Dış Denetim, Temmuz-Ağustos-Eylül 2010
- Mustafa Lamba, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, *“5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi Ve Kontrol Kanunu’nun Türk Bütçe Sistemine Getirdiği Yenilikler Ve Kamu Mali Yönetimine Olası Etkileri”*, Afyon 2006, <http://tez2.yok.gov.tr> (Erişim tarihi 18.03.2011)
- Salim Demirel ve Cengiz Keleş, *“5018 Sayılı KMYK Kanunu’na Göre Kamu Zararı”*, Dış Denetim, Temmuz-Ağustos-Eylül 2010
- Selçuk Sarıyar, *“Kusurun Tanımı ve Nesnelliği”*, İstanbul 2008, <http://www.hubyar.eu/SiteFiles/makaleler/kusurun%20tanimi%20ve%20oznelligi.pdf> (Erişim tarihi 20.03.2011)
- Yılmaz Özkan, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, *“5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu Kapsamında İç Denetimin Değerlendirilmesi ve Öneriler”*, Doktora Tezi, İstanbul 2008, <http://tez2.yok.gov.tr> (Erişim tarihi 20.03.2011)

Türker Bey'e teşekkür ediyorum. Eğer izin verirsiniz değinilmemiş bir konuya 5-10 dakika değinmek istiyorum. Oturum başkanları tebliğ sunmaz ama sizin hoşgörünüze güvenerek konuyu anlatmak istiyorum. Geçen yüzyılın son çeyreğinde bütün ülkeler kamu harcamalarına eğildi. "Nasıl iyi bir şekilde harcama yaparız?". Bir çok devletin en önemli konusu haline geldi. EUROSAT Paris'te o dönemde Avrupa Sayıştaylar Birliği toplantısı düzenledi. Fransız Millet Meclisi Başkanı konuyu çok önemsemiş ve İngiliz uzmanları da işin içine katarak bir çalışma grubu kurmuş. Bu grupta "Kamu Harcamalarında Etkinlik ve Parlamenter Denetim" adındaki bir çalışma gerçekleştirmiş. İki cilt olan bu çalışmayı biz de Türkiye'ye getirdik. İlk cildi bizi daha çok ilgilendiriyordu. Hacettepe Üniversitesine tercüme ettirdik ve 1000 adet bastırarak çeşitli kamu kurumlarına gönderdik.

Söz konusu çalışmanın önsözünde özetle; "Bundan sonra nasıl daha çok vergi alırsız değil, nasıl daha iyi harcama yapılır politikalarına eğilmemiz gerekir?" denilmektedir. Bu husus son yılların can alıcı cümlesidir. Bu bir yerde performans denetimini de ön plana çıkartmaktadır. Bizde de 5018 sayılı Kanun çalışmaları hızlandı ve 2003 yılında 1050 sayılı Kanun yerine söz konusu Kanun yürürlüğe kondu. Alışkanlıklardan vazgeçmek çok zor; ancak bu işin içinde olan bir kısım insan daha hâlâ 1050 sayılı Kanun iyi 5018 sayılı Kanun tukaka dedi. Doğru 5018 sayılı Kanun'un bir çok eleştirilecek yanı var. Mesela Kanun hukuk diliyle yazılmış bir Kanun değil. Toplantıyı açarken kamu zararının iki yönü olduğunu söyledim. Birincisi maddi tarafı ikincisi verimsizlik tarafı.

5018 sayılı Kanun bir çok şeyi değiştirdi. Bunlardan bir tanesi, "girdi denetimi"ni kaldırıp, "çıktı denetimi"ne önem vermesi; yani Sayıştay denetimine önem vermesi, özellikle parlamento denetimine önem vermesi. Bugünlerde Anayasa değişikliklerinden bahsediliyor. Biliyorsunuz Anayasa'ya ilk mali hükümler 1924 Anayasası ile girmiştir. 1961 ve 1982 Anayasalarına baktığımızda 1924 Anayasasına konulan ilk mali hükümler hemen hemen aynıdır. Hiç değişiklik olmamış desem yalan olmaz. Oysa ki daha önce belirttiğim, geçen yüzyılın son çeyreğinde meydana gelen değişimler de göstermektedir ki, köprü'nün altından çok sular geçti. O bakımdan bu yeni Anayasa değişikliği gerçekleştirilirken, Anayasa'nın mali hükümlerinin yeniden yazılması ve mali hükümlerine önem verilmesi gerekir. Eğer bir ülke ekonomik bakımdan zayıflarsa demokrasiyi kuramayız, sosyal yaşamı belli bir düzeye getiremeyiz. O bakımdan, kamu harcamalarına önem göstermeliyiz ve bunu parlamentoda çok sıkı bir şekilde denetlememiz gerekir. Bugün nasıl oluyor? Bunu çok iyi biliyoruz. Anayasa'nın 164. maddesi var. "Kesin Hesap". Bunun nasıl denetlendiğini yıllar yılı gördük.

Bir kamu kurumunun hesabını denetliyoruz, ancak kurumun kesin hesabının denetimi 5 dakika. Okunuyor, 'kabul edenler etmeyenler', işlem tamam.

5018 sayılı Kanun'un getiriliş nedenlerinden biri "çıktı denetimine" önem vermektir. Bu da parlamenter denetim ile mümkündür. Yeni Anayasa düzenlenirken Anayasa'nın mali hükümlerinin yeniden kaleme alınması gerekir. Amerika'da bir söz varmış. "Çağdaş toplumlarda insanlar üzerine vazife olmayan işleri de yapmaları gerekirmiş." Benim üzerime vazife değil ama; ben de bu hususu kendime görev addederek yaptığım çalışmaları TBMM Başkanına sundum. Bunu kendilerine anlattım. Ümit ederim ki gelecek günlerde yapılacak düzenlemelerde bu yönde hareket edilerek; Anayasa'nın mali hükümlerinin yeniden ele alınmasında yarar görüyorum.

Kamu zararının maddi yönünü tazmin ettirmek mümkün; ama verimsizlik denetimini nasıl tespit edeceğiz? Nasıl ele alınacak? Buna nasıl ceza vereceğiz? Plan Bütçe Komisyonu, her şey Parlamentoda; ancak bu Komisyon çok yoğun çalışıyor. Bu Komisyondan her şeyi beklemek çok zor. Daha önce sözünü ettiğim çok çok önemli bir kitap. Bu kadar vardırımıyorum. Bu kitapta bütçeyi iktidar yapar iktidarın programıdır; ancak denetimi muhalefet yapar. Ben şunu vurgulamak istiyorum. Plan Bütçe Komisyonu yanına mutlaka ama mutlaka bir komisyon kurmak lazım. Sürekli denetim görevini yürüten uzmanlaşmış bir komisyon kurmak gerekir. Özellikle verimlilik konusunun tespitini yapmak lazım. Bütçenin değişik fonksiyonları var. Siyasi fonksiyonu var, ekonomik fonksiyonu var, idari ve mali fonksiyonu var. Siyasi fonksiyonu deyince üç türlü hesap vermek akla gelir. Seçimler olur; partiler seçimlerden önce programlarını açıklar ve halk ona göre parlamentoyu seçer. Parlamento bütçeyi yapar. Ödeneği yürütmeye devreder. Yeni Kanuna göre Bakanın hiç siyasi sorumluluğu yok; bana göre onu da değerlendirmek lazım. Aslında her şey Bakanda, ama siyasi sorumluluğu dışında hiç bir sorumluluğu yok. Bakan da hesap vermenin ilk aşaması. Bakan parlamentoya hesap verir. Bütçenin en önemli aşaması Parlamentonun vergi mükellefine hesap vermesidir. Esas budur. Bu mekanizmanın işlemediğini söyleyebilirsiniz. Ancak biz bunun işleyeceğini düşüneceğiz. Bir gün gelip işleyeceğini düşüneceğiz. Bu bakımdan performans denetimi, ayrı komisyonun yapacağı verimlilik denetimi siyasi hesap vermenin bir gereği olacaktır. Biz tabi ki için teorik tarafından bakıyoruz.

Bu topluluk kamu zararını en iyi bilen uzman topluluk, için ehli bir topluluk olduğu için teoriden pratiğe ve değerlendirmelere geçmek amacıyla ilk bölümü sonlandırmak istiyorum. Bizi dinlediğiniz için, zaman ayırdığınız için, bizimle birlikte olduğunuz için teşekkür ediyor; saygılar sunuyorum.

İKİNCİ OTURUM



Efendim, ikinci Oturumu açıyorum. Buraya gelmekle mutlu oldum. Dostlarım bana “Çok iyi görünüyorsunuz.” deyince, o da bana şunu hatırlattı. İnsanın üç dönemi varmış. Birinci dönem gençlik dönemi imiş, ikinci dönem orta yaş dönemi imiş, üçüncü dönem ise “Bugün çok iyi görünüyorsunuz” dönemi imiş, ama ben öyle düşünmüyorum. Şimdi artık çok iyi görünüyorsun dönemini ben öyle yorumlamak istemiyorum. Orta yaşlılık diye yorumlamak istiyorum.

Bir saat yirmi dakikalık zamanımız var. O nedenle bunu iyi değerlendirmek lazım. Zamanı iyi kullanmak için fazla uzatmadan, soruları cevaplamaya çalışalım.

Şimdi önce efendim, söz almak isteyenler, isimlerini yazdırırlar mı? Bu toplantı daha sonra kitap haline getirileceğinden, konuşmacı arkadaşlarım kendilerini lütfen tanıtsınlar. Teşekkür ederim.

Doğan BAYAR
Emekli Daire Başkanı

Teşekkür ederim, sayın Başkan.

Kamu zararı kavramı denetim bakımından çok bir anlam ifade etmiyor. Buna ister hazine zararı, ister kamu zararı, ister kurum zararı deyin çok fazla bir anlam ifade etmiyor. Ama yargı bakımından kamu zararı ziyadesiyle önem arz etmektedir. Şimdilerde arkadaşların aralarında konuştuğu bir reform projesi var. Ne derece olgunlaştı bilemiyorum, ama zaten 5018 ve 6085 sayılı Kanun’larda da tabir olarak yer almaktadır. Kamu zararını yargılamayı öngörüyor. Benim kanaatime göre Sayıştay bir hesap mahkemesidir. Sorumluların hesaplarını ve hesaplara ilgili sorumluluklarını hükme bağlamakla yetkilidir ve yargılamaya da kamu zararından başlayamaz. Hesaptaki hataları veya mevzuata aykırılıkları değerlendirmek ve bu konudaki sorumluların sorumluluklarını tespit etmek durumundadır. Eğer yargılamaya kamu zararından başlayacak olursa, kamu zararının faillerinin mutlaka kamu görevlisi olması gerekmez. Üçüncü kişiler çoğu zaman bu fiillerin sorumlusu, ahizi veya müsebbibidirler. Hal böyle olduğunda, Sayıştayın kamu zararı yargılaması bu üçüncü kişilerin kasıt, kusur ve ihmallerini de yargılamaya başladığında; bu husus adli ve idari mahkemelerin de görev alanlarına bir tecavüz teşkil edecek midir? Bu yapılmayacaksa; sorumlular hakkında veya üçüncü kişileri etkilemesi söz konusu ise bunlar hakkında tazmin hükmü verilmesi mümkün müdür ve bunun nasıl sonuçları olur? Hocalarımızdan rica ediyorum. Teşekkür ederim.

Moderatör
Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

Teşekkür ediyorum, Doğan Bey.

Evet, Rasim DOĞAN Bey.

Rasim DOĞAN
5. Daire Üyesi

Teşekkür ediyorum, sayın Başkan.

Öncelikle, buraya nereden geldiğimizi bilmemiz gerekir ki; bugünkü sorunlarımızı tespit edebilelim. 1050 sayılı Kanun'da ikibuçuk sorumlu vardı. Bunlarla fazla veya yersiz ödemeyi ayırt edebilmek için belli bir güç sarfetmek gerekiyordu. Çünkü bunlar sorumlular bir metal, fazla veya yersiz ödeme bir mıkmatı. Bunlar zaten birbirine yapıştı. Şimdi geldiğimiz noktada Sayıştayın işinin çok kolay olmadığını düşünüyorum. Yapılan oturumun da bizim sorunlarımıza çok çözüm getirmediğini düşünüyorum. Sonuçta siz oradan baktınız, biz buradan bakıyoruz. Bu bakışların bir kesişim noktasının olmadığını düşünüyorum. Belki sorularla bunu sağlayabilirsek bugünkü toplantı nihai amacına ulaşır diye düşünüyorum. Bunun burada bitmemesi gerektiğini düşünüyorum. Çünkü Sayıştayın bu sorunu ile alakalı toplantıların devamını diliyorum.

Akademik olarak siz kendi alanınızla ilgili anlattınız; ortada bir olay var, bir kural var. Sayıştay bunları birleştirmekle görevli. Nasıl birleştirecek? Geçmişte yaşanan objektif sorumluluğun getirdiği sıkıntılardan kurtulabilir miyiz diye getirilen Kanun'un 71. maddesinde de bir sürü tuzak var, Sayıştay açısından baktığımız zaman. Bu toplantı boyunca şuna hiç değinilmedi. Bir malında artış olan veya azalış olan bir idare, kişi var. Bu kimdir? Yani kamu kimdir? 5018 sayılı Kanun'un ekinde düzenlenen şu şu bütçeli kurumlar artı mahalli idarelerin toplamından mı oluşuyor? Yoksa 1050 sayılı Kanun'da olduğu gibi bütçe bazında mı biz artış veya azalışa bakacağız? Bu çok önemli bir sorun bizim açımızdan. Şöyle ki; baktığınız zaman burada sanki bu kamu kurumları sadece kamunun dışındakileri bir ödeme yapacakmış ve bundan dolayı biz de bunlara fazla veya 5 bent halinde sayılan belirlenen ölçülere göre kamu zararı diyeceğiz. Ancak durum böyle değil. Kamu kurumlarının da kendi aralarında bir takım ilişkileri var. X Belediyesi Hazineden çok ucuza bir yer kiraladı. Bu kamunun neresinde? Bizim açımızdan baktığımız zaman bunu nasıl değerlendireceğiz? Yani bu kamu nedir? Ben bunu sormak istiyorum. Birinci sorum bu.

Moderatör
Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

Bunu soru olarak kime yöneltiyorsunuz?

Rasim DOĞAN

Şimdi bilemiyorum, ama bilgisi görgüsü kimin varsa o açıklasın. Ancak gördüğüm kadarıyla, Türker Bey somuta daha çok yaklaştı belki o açıklayabilir diye düşünüyorum. Benim açımdan Sayıştayın sorunlarına bir çözüm getirilmedi.

İkinci sorum; kasıt, kusur, ihmal yani yazılış itibarıyla da özensiz olduğu görülüyor. Bu bir endişeden kaynaklanıyor. Acaba bir boşluk bırakabilir miyiz? Kalır mı endişesiyle ya Allah Bismillah ne bulmuşlarsa yazmışlar. Kusur deseniz belki anlarım, yani ihmal de bu kapsama girer mi diye bir endişe olabilir ancak kasıt-ihmal dediğiniz zaman sorun çözülmüştür. Bu da bir kafa karışıklığı doğuruyor.

Moderatör
Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

Onu da bir soru olarak soruyorsunuz?

Rasim DOĞAN

O da bir soru. Gereksiz gibi görüyorum. Şimdi hocam bir başka şey. Şimdi öyle konular var ki; yani somut olarak karşılaşıyoruz. Türker Bey de bahsetti. Çok tartışmalı, bu konunun uzmanları bile işin içinden çıkamıyorlar. Arkadaşımız bunu sorun etti ve bizim Dairemiz karar verecek. Bu işin ehli olan insanlarla bile bu işe ilişkin farklı kararlar çıkıyor Dairlerimizden. Bunlar bile çözemiyorsa, bu tür olaylarda en azından ihmalin olduğunu söyleyebilir miyiz? Yani bu durumlarda ihmalden sorumlu tutabilir miyiz? Ya da bunu nasıl çözeceğiz?

Bir başka sorum. Bunu da Elvin Hanım'a soruyorum. Danıştay 2. Dairesinin bir kararı var ki; keşke ondan bahsedilseydi. Burada sadece hizmet ve mal alımlarının bu 71. madde kapsamında olduğundan bahsedilmiş. Bizim asıl sorunumuz, ödemelerin büyük kısmının kamu personeline yapılan ödemeler olması. Kamu personeline mevzuatın yanlış yorumlanması suretiyle yapılan ödemeler 71. maddesinde ki hizmet tanımına girer mi? Teşekkür ederim sayın Başkan.

Moderatör
Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

Teşekkür ediyorum. Buyrun Necip Bey.

Öncelikle tüm konuşmacılara şahsım adına teşekkür ediyorum. Gerçekten son derece önemli bir konu idi Sayıştay açısından kamu zararı. Hocalarımız bizi irşad ettiler. Tekrar teşekkür ediyorum.

Tabi yarım gün gibi kısa bir müddet içerisinde, kamu zararını anlatmak mümkün değil. Şöyle kısaca arz etmek istiyorum. Öncelikle kamu zararının anlaşılabilmesi için bizim kamu kaynağının tanımını yapmamız lazım veya kamu malının tanımını yapmamız lazım. Tabi uzun bir zaman geçmesi lazım. Şimdi efendim, Sayıştay açısından önemli olan husus veyahut kendi açımdan söylüyorum, 5018 sayılı Kanun'un 71. maddesi kamu zararının tanımını yapmış. Kamu zararı 2007 yılında 1. fıkra da yapılan değişiklikle kasıt, kusur, ihmal lafı konmuş. Daha önce 2005 yılında kasıt, kusur, ihmal lafı yoktu. Ben araştırma yaptım, daha fazla da konuşmak istemiyorum. Yaptığım araştırmada bu fıkranın konmasının gerekçesini genel hükümlere paralellik sağlamak için konduğunu söylüyor kanun koyucu. Genel hükümlere paralellik sağlansın diye. Tabi genel hükümlerden anlaşılması gereken de, hocalarımız da, zati aliniz de belirttiği gibi Borçlar Kanunu genel hükümleri olarak anlaşılması gerekir veyahut Ceza Kanunu'nun genel mahiyette anlaşılması gerekir. Şimdi bizim kendi Yasa'mıza baktığımızda, 7. maddenin 4. fıkrasında, şöyle diyor: kamu görevlilerinin ki kamu görevlilerin neler olduğu tartışılmaz. Bizim umumi heyetimiz yeni tabiriyle Sayıştay Genel Kurulu, nelerden teşekkül ettiğini söylüyor. Harcama yetkilisi, gerçekleştirme görevlileri, muhasebe yetkilisi bunları tek tek saymış. Dolayısıyla Sayıştaya karşı sorumlu olan bunlar. Bunların dışında hepimizin bildiği gibi bakanın siyasi sorumluluğu var. Üst yöneticinin idari sorumluluğu var. Ama mali açıdan bize karşı harcama yetkilisinden başlayarak aşağı doğru bunlar sorumlu. 7. maddenin yanılmıyorsa 4. fıkrasında; kamu görevlilerinin mevzuata aykırı karar işlemleri ile illiyet bağı ezbere söylüyorum. Tam metinden okumuyorum. Burada kasıt, kusur, ihmal lafını koymamış. Yani bizim 6085 sayılı Kanunu'muzda. Oysa ki, Kanun'un 3. maddesinde tanımlar kısmında da kamu zararı 5018 sayılı Kanun'daki kamu zararıdır. Şimdi biz Sayıştay Denetçisi olarak, tabi ben kendi adıma konuşuyorum. Kamu zararını tespit ettim. Beyefendinin dediği Danıştay 2. Dairesinin verdiği karar kendisinin kararıdır. Bence Sayıştayı bağlayan bir karar değildir. Kamu zararını tespit ettik, sorumluya faraza harcama yetkilisine senin şu kastın veya şu ihmalin, şu kusurun var, diyecek miyiz, demeyecek miyiz? Demediğimiz takdirde, sorumlu yarın öbür gün, "Beyefendi, kamu zararı 5018 sayılı Kanun'daki kamu zararı diyorsun. Kasıt, kusur, ihmal yazılı; benim kasıt, kusur, ihlamim nedir onu bana söyle." demez mi?

Çok kısa bir şey daha arz etmek istiyorum. Şahsi kanaatime göre, sayın hocalarımızın, sayın Barış Hocamızın belirttiği gibi, mevzuatı eksik yorumlamak, esasen bir ihmaldir. Mecburen doğru yorumlayacaktın. Aksi takdirde biz şey yapamayız. Dolayısıyla, şahsi kanaatime göre söylenmesi gerekir diye düşünüyorum. Ancak sizin gibi hocalarımızın fikrini almak istiyorum. Saygılar sunarım.

Moderatör

Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

Şimdi birinci soruyu Barış Bey'e soruyorsunuz. İkinci soruyu, lütfen siz ayırın. Peki. Serhan KARAHAN

Serhan Tevfik KARAHAN

Bingöl Defterdarlık Uzmanı

TODAİE Kamu Yönetimi Yüksek Lisans Öğrencisi

Teşekkür ediyorum. Herkese iyi günler.

Ben şu açıdan yaklaşmak istiyorum. Henüz yasa koyucu kamu zararı kavramını kanunlaştırma aşamasında veya kodifikasyon aşamasında tanımlamadan önce kamu zararının kendisini bir kategori olarak, bir varlık alanı ontolojik tanımlama açısından değerlendirmek gerekmiyor mu? Yani, açık ifade etmek gerekirse; bir devlet etkinliğinde oluştuğunu varsayıyorsak kamu zararını bir kategori olarak bir iktisadi faaliyette bulunuyorsa devlet, yönetim etkinliğinde veya herhangi bir etkinlikte yasa devlet ayrışmasında zarar kavramını önce açıklamamız gerekmiyor mu? Diğer yandan kamu zararı kavramını yine henüz tespit etmeden, kamu zararının varlığını tartışmaya girmeden, kamu zararı ile ilgili bir sorumluluk tartışmasına girmeden, bir kamu zararının devlet etkinliğinde gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini tartışmamız gerekmiyor mu? Çünkü gerçekten burada bir kavram kargaşası da oluyor. Zarar kavramını bir iktisadi etkinlikteki kar bağlamında mı düşüneceğiz?; zaten kendisi yine tartışmalı bir konu olan kamu yararı bağlamında mı tartışacağız? Yine tartışmalı olan diğer bir yaklaşım da özellikle özel hukuk-kamu hukuku ayrımında zarar tanımlamasını özellikle hukuk öznesi hukuk nesnesi bağlamında nasıl değerlendireceğiz? Henüz kamu zararının kanun koyucu tarafından tanımlanmadığı bir aşamadan bahsediyorum ben. Çünkü bu daha sonraki aşamada bir devlet etkinliğinde kamu zararının gerçekten formüle edilebilir bir şekilde genel geçer bir şekilde tanımlanıp tanımlanamayacağına ortaya çıktıktan sonra asıl daha sonra kamu zararı varsa bunu miktar olarak tespit edilip edilemeyeceği, burada kişisel veya kurumsal sorumlulukların olup olamayacağı, daha sonra bu sorumlulukları eğer varsa kamu zararı miktar olarak nasıl tahsil edileceği; bunlar çok sonraki aşamalar diye düşünüyorum. Öncelikle kamu zararının varlık olarak açık şekilde ontolojik bir bakış açısıyla sunulması gerekmiyor mu?

Moderatör
Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

Kime soruyorsunuz?

Serhan Tevfik KARAHAN

Özellikle özel hukuk kamu hukuku ayırımındaki çok tartışmalı olan bu konu ile ilgili hukukçu arkadaşların yorumu benim için önemlidir.

Moderatör
Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

Fatih TÜRKOĞLU, buyrun lütfen.

Fatih TÜRKOĞLU
Uzman Denetçi

150. yılımızı tebrik ediyor, hayırlı olmasını diliyorum. Hocalarımıza katkılarından dolayı ayrı ayrı teşekkür ediyorum.

Şimdi Elvin Hocam kamu zararında Anayasa'nın 129. maddesinden kaynaklanan kamu görevlilerinin görevlerini yaparken işledikleri kusurdan dolayı ancak devlet aleyhine dava açılacağından hareketle idarenin sorumluluğu üzerinde durdular veya ben o şekilde anladım. Aynı şekilde Devlet Memurları Kanunu'nda da amirlerin memurlarını yetiştirmek, kontrol etmek, denetlemekten sorumlu olduğu için bir idarenin sorumluluğu üzerinde durdular. Sayın Barış Hocam da, sebepsiz zenginleşme dolayısıyla üçüncü kişilerin menfaatleri dolayısıyla kamu zararının tahsilinde üçüncü kişilerin kapısının çalınabileceğinin hatta bu yönde davaların açılabilceğinin üzerinde durdular. Yalnız, Türker Hocam son cümlesinde, "İyi niyet varsa kamu zararı önemli değildir." dedi. Veya ben o şekilde anladım. Şimdi penaltı deyince; sizce penaltı bence değil deyince bu subjektif bir deyim oluyor. Her üç yorumun neticesinde de; memurun sorumluluğu üzerinde kimin kapısının çalınacağı, yani memurun sorumluluğu üzerinde bir değerlendirme yapamıyoruz. Bunu arz ederim. Teşekkür ederim.

Moderatör
Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

Refik Bey. Evet buyrun.

Refik ÇINKIR
Uzman Denetçi

Ben de geldiğiniz için hepinize teşekkür ediyorum. Tüm konuşmacılara, hocalarıma.

Ben de Rasim Bey'e ilave olarak, bu kamu zararının tespiti ile alakalı olarak şöyle bir açıklamada bulunmak istiyorum. 5018'i incelediğimizde; 2 tür sorumluluk var: Birincisi yönetsel sorumluluk, kamu kaynağının kullanımından dolayı meydana çıkan yönetsel sorumluluk. Buna biz hesap verme sorumluluğu diyoruz. Bir de bu kamu kaynağının kullanımında ortaya çıkan kamu zararları, bu da 71. maddede tanımlanmış. Yalnız şöyle bir şey var. Yani 8. maddeyi incelediğimizde; hesap verme sorumluluğunu incelediğimizde; yani üst yöneticinin kendisine tahsis edilen bir kamu kaynağından bahsetmekte, veya kendi tasarrufu altında bulunan bir kamu kaynağından bahsetmekte. Burada etkili ve verimli kullanımını öngörmesine rağmen 71. maddede kanun koyucu böyle bir ayrıma gitmemiş. Direkt kamu zararı demiş. Biz buradan sadece yönetsel çerçevede yani kamu görevlilerinin kendisinin idaresiyle sorumlu olduğu idarenin kamu zararından mı bahsedeceğiz? Yoksa genel kamudan mı yani bir örnek verecek olursak; mesela Maliye Bakanlığında toplanan bütçe gelirlerinin belli bir oranı mahalli idarelere pay olarak aktarılıyor. Diyelim oradaki görevli bu payı yanlış hesapladı. Sonuçta 3 lira aktarılması gereken yerde 5 lira aktarıldı. Yani burada bir kamu zararı var mı? Kamu kaynağında bir eksiliş yok. Genel anlamda baktığımızda, genel yönetimin kullanılması gereken bir kaynağı mahalli idarelere aktarmış oluyor. Yani onlar da kamu hizmeti veriyor, genel yönetim de kamu hizmeti veriyor. Burada kamu kaynağının eksilişinden bahsedemeyiz genel manada baktığımızda. Bu yönde tespit olursa, Türker Hocam biraz bahsetti. Üniversitelerle ilgili, bir üniversitenin gideri olur bir diğerinin geliri olur diye bahsetti. Ama çok kısa geçti. Bu yönde biz denetçiler açısından neye kamu zararı diyeceğimizin tespiti konusundan önemli olduğunu düşünüyor, teşekkür ediyorum.

Moderatör

Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

Teşekkür ediyorum.

Sayın Ali Osman GÜÇLÜ. Siz zaman kalırsa konuşayım dediniz ama, buyrun.

Ali Osman GÜÇLÜ

1. Daire Üyesi

Katkılarından dolayı katılımcılara teşekkür ediyorum.

Türker Hocam, "Aydınlanmanın ilk adımı öz eleştiridir." dedi. Bunu ifade ederken akademisyenleri mi, Sayıştay'ı mı kastetti burada biraz şüphem oldu; ancak burada akademisyenlere de bir parça pay düşüyor. Değerli akademik camiada sorumluluk, kamu zararı ve hatta Sayıştay hakkında çok fazla bir söz söylenmiyor. Yani literatüre baktığımızda; bu konular üzerinde duranlar yine denetçiler, denetim elemanları daha

çok. Geçen gün bir başka panelde de bir anayasa hukuku hocamız, “Bizim derslerimizde Sayıştaya ayırdığımız pay 10 dakika bilemedin 15 dakikadır.” dedi. Yani kamu zararına ve sorumluluk kavramına ve Sayıştaya maalesef akademik camianın bu kadar az zaman ayırıyor olması, üzerine düşünülmesi gereken bir konu. Bunu aydınlanmanın ilk adımı olsun diye öz eleştiri olarak söylüyorum. Şimdi tabi hocam, 150 yıldır kusursuz sorumluluk üzerine sadece mevzuata aykırılığı kamu zararının tespiti için yeterli gören ve bu çerçevede hüküm ihdas eden Sayıştaydan bir anda 5018 sayılı Kanun’a 71. madde eklendi diye kasıt, kusur, ihmal, illiyet bağı bütün bunları gözönünde bulundurarak karar vermesini beklemek bence insafsızlık her şeyden önce. Diğer bir husus, bugüne kadar 150 yıldır kusursuz sorumluluk üzerinden giderek Sayıştay hüküm vermiş olmasına rağmen, fazla bir ses, itiraz yükselmedi. Yani ne bürokrasiden ne akademik camiadan. Bunun bir sebebini de alan razı veren razı ne yapsın Kenan Paşa mantığının hakim olmasına bağlıyorum. Çünkü Sayıştayın denetimi ve yargısı teknik bir konu. Yani Sayıştayın yargısına intikal eden hususları, Sayıştaya intikal etme sebebi bunların Sayıştayın denetimi neticesinde bulunmuş olmaları, tespit edilmiş olmaları. Sayıştay denetimi değil de bu hususlar, emniyet, ihbar veya herhangi bir sebeple tespit edilmiş olsa gideceği yer adli yargı. “Dolayısıyla, aynı zamanda Anayasa gereği Sayıştay sorumluların hesaplarını ve işlemlerini kesin hükme bağlıyor idi.” demek zorundayım. Sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağladığı için burada Sayıştayın verdiği kesin hüküm illa birilerini suçlama anlamını ifade etmiyor. Yani tamamen temiz bir hesap için de beraat hükmü veriyor olması maadasi biz teknik olarak öyle diyoruz. Maadasını baraat ettirdiğimiz için daha önce saymanın sırtında bir çuval vardı, biz bu çuvalı indiriyorduk kenara ve bu temiz bundan sonra yoluna devam edebilirsin. Yeni sistemde şimdi kusurlu sorumluluk geldi diyoruz, bu bir reformmuş gibi üzerinde duruyoruz. Öyle de olabilir ama öyle mi değil mi diye de düşünmek gerektiğini söylüyorum ben. Çünkü şimdiki ne yapacağız? Saymanın sırtına çuvalı yükleyeceğiz, o çuvala gezdirip onu indirmenin yolunu o arayacak. Yani bu da ayrı bir sıkıntı diye düşünüyorum.

Bir de şimdi kasıt, kusur, ihmal işi devreye girdiği zaman bence Sayıştay kamu zararını ve mevzuata aykırılığını tespit etmede ihtisaslaşmış bir yer. Yani bir denetçinin mevzuata aykırılığı tespit etmede hiçbir zorluğu yok. Kamu zararını tespit etmede de bir sorun yok. Buradaki sorun artık bu zarara sebep olan mevzuata aykırı işlem, eylem ve illiyet bağına tespit etmekten kaynaklanıyor. Bir soruşturma yetkisi olmayan Sayıştayın böyle bir şeyi tespit etme gücü ne kadar olacak? Veya denetçinin gözlemlerine dayanarak bir kamu görevlisinin soruşturma yapılmadan kasıt, kusur, ihmal var demesi de ne kadar

doğru olacak? Bunların varlığını daire nasıl tespit edip, tazmin hükmü verecek? Bunların hepsi ayrı bir sorun. Bence, bundan sonra Sayıştayın yapacağı iş kesin hüküm vermek yerine kasıt, kusur, ihmal var mı anlamında kendi önüne gelen dosyaları adli yargıya havale etmek olacaktır. Bu da ne derece çözüm getirecek, bilemiyorum. Dolayısıyla, Anayasa'daki sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama kapsamında. Ve şunu da söylüyorum şu anda kusurlu sorumluluk geldi diye seviniyor belki bürokrasi ama şafak operasyonları başladığında Sayıştay raporları adliyeye gittiğinde; "Tüh kusursuz sorumluluk devam etse de, eskiye dönülse" denebilir diye düşünüyorum, tabi bu benim ölümü gösterip hastalığa razı etmek gibi bir derdim yok. Ama bir sonuçla da karşı karşıya kalabiliriz.

Diğer bir husus, çok uzattığının farkındayım, özür diliyorum. Türker Hocam, "Keşke harcama yetkilisi olsalar." dedi. Bu her zaman olumlu sonuç doğurmayabilir. Baltanın sapı meselesi var, malum. Sapı sizdense daha kötü olabilir. Bunların örnekleri teftiş kurullarıdır. Bugün, hiçbir kamu kurumu kendisine teftiş elemanı gelmesini istemez. Bir Mülkiye Müfettişi mi gelsin yoksa Sayıştay Denetçisi mi gelsin dedikleri zaman; kesinlikle "Sayıştay Denetçisi" gelsin diyeceklerinden eminim. Ama Mülkiye Müfettişlerinin hepsi sizin ifade ettiğiniz gibi idareden gelmekte ve bu çemberden geçmiş kişiler.

Diğer bir husus, Barış Hocamın sözünü ettiği sebepsiz zenginleşme. Hakikaten bu bizim kanayan yaramız. Çözümüne kavuşması gereken çok ciddi bir sorun. Ama her zaman sebepsiz zenginleşme de olmuyor bizim durumlarımızda. Mesela kamu görevlisi bizzat hukuka aykırı bir işlem yapmış oluyor. Bunu ahiz dediğimiz üçüncü kişiden tahsil etme şansımız onun açısından bir sıkıntı doğurabiliyordu. Yani her zaman para üçüncü kişi ahize ödendiği için burada ahizi sorumlu tutamayabiliriz. Yani olmaması gereken bir düzenlemeyi sözleşmeye koyan kamu görevlisinin sırtında kalması gereken durumlar da var. Ama orada da ifade ettiğiniz gibi bir baraj ihalesindeki gibi trilyonlarca lirayı bir kamu görevlisinin sırtına yüklemek de ne kadar adil olur? O da ayrı bir sorun. Bütün bunların hepsinin ben, bundan sonra akademik camiada daha önemsenerek ele alınması gerektiğini düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Moderatör

Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

Teşekkür ediyorum. Sami Bey, buyrun.

Sami DOĞAN
Uzman Denetçi

Bütün hocalarımıza değerli sunumları için teşekkür ederim.

Benim sormak istediğim iki husus vardı. Bir ölçüde soruldu gibi ancak ben yine de sormak istiyorum. 5018 sayılı Kanun, kamu zararını

kasıt ve ihmali dahil edersek kusura bağladı. Şimdi Sayıştay Denetçileri incelemelerden sonra tespit ettiklerini düşündükleri kamu zararını raporlayıp, Dairelere sunarlar ve Daireler nihai kararı verirler. Sayıştay kamuoyunda sorulan bir husus şudur: Kasıt, kusur, ihmâl aslında kendileri bir yargıdır. Sayıştay Denetçisi bir yargıya dayanarak bir kamu zararı tespit edip, bunu raporlayabilir mi? Biraz önce Ali Osman Bey bunu sordu. Sayıştay Denetçilerinin tespit ettikleri bu kamu zararlarını Dairelere yansıttıktan sonra Daireler yine mahkemelere müracaat edip, bunların gerçekten böyle olup olmadıklarını sorması mı lazım? Şimdiye kadar böyle bir şey olmuş değil. Sonuç itibarıyla Sayıştay Daireleri bunu kararlaştırıyorlar. Ve bu karar neticesinde tazmin veya beraat kararı veriyorlar. Tazminse tazminine karar veriliyor. Tazminine karar verildiğinde bu haliyle sonuçlanıyor. Eğer bu Sayıştay tarafından tespit edilmeyip de normal adli yargıya gitmiş olsaydı; bu kusurun mahiyetine göre ihmâlin derecesine göre kastın durumuna göre farklı cezalar alabilirlerdi. Şimdi bu Sayıştay Dairelerinde sonuçlanan hususlarda bu taraf ihmâl ediliyor, yani tamamen devre dışı kalıyor. Bu böyle olmalı mıdır? Bu konu hakkında görüşünüz nedir? Bu sorunla ilgili herhalde Uğur Bey cevap verebilecek durumdadır, yani Ceza Hukuku açısından. Yani Sayıştay Dairelerinin karar verdiği bir hususta yargı mahkemeleri tamamen devre dışı kalıyor. Yani bu kastın mahiyeti kasıt mı, kusur mu, ihmâl mi olduğu ile ilgili bir karar verilmiyor. Sadece tazminine karar veriliyor. Bunu bir sormak istiyorum.

İkinci sormak istediğim husus da, üstadımız Necip Bey, “Bir mevzuatı yanlış yorumlamak bir ihmâldir.” dedi. Barış Bey de bunu onaylar gibi yaptı. Ama bizim denetimlerimizde özellikle bu inşaat işlerinde birim fiyat tarifleri yani o işin nasıl tarif edildiğini belirten metinlerin yorumlanması ile ilgili olarak denetçiler kamu zararı tespit ederler ve bu yargılanır. Gerçekten bir mevzuatı, bir işin tarifini o şekilde yorumlamak bir ihmâl midir, bir kusur mudur? Bunu da Barış Bey’e soruyorum. Teşekkür ederim.

Moderatör
Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

Cengiz Bey, buyrun.

Cengiz ALPAY
2. Daire Üyesi

Değerli Başkanım, değerli konuşmacılar açıklamalarınız için öncelikle sizlere teşekkür etmek isterim.

Benim bir kaç tane sorum olacak. Bunların net olarak cevabını almak istiyorum. Sorunun birisi şu; acaba Sayıştay denetiminde, kuruluşundan bugüne kadar bugün dahil Sayıştay Denetçileri gittiği zaman kamu zararı mı arıyorlar, yoksa Anayasa’ya ve kanunlara uygun

denetim mi yapıyorlar? Bu kamu zararını öne çıkarmak amaç kamu zararıdır bunu bir tarafa bırakalım, rehberlik yapalım, danışmanlık yapalım bunlar vardır bunlar denetimin içinde zaten vardır. Bu kamu zararı mefhumu Sayıştay zaafa uğratmak için ileri sürülmüş yeni bir argüman mıdır? Nedir bu kamu zararı? Kim, hangi denetçi gidip getirin belgeleri ben kamu zararı bulacağım mı diyor yoksa Anayasa ve yasalara uygun denetim yapacağım mı diyor? Yoksa bu arada kamu zararı bulduğunda gereğini mi yapıyor? Bir bunun açıklanması lazım bu bir.

İkincisi, sayın Barış Bey Adli Yargı - Sayıştay Yargısı arasındaki yargı çatışmalarının sonucunun tahsile yönlendirmesi şeklinde çözülebileceğini söyledi. Gerek Adli Yargıda gerekse Sayıştay Yargısında yargı kararına bağlanmayan bir hususun tahsilini nasıl sağlayacaksınız? Yani nasıl bu parayı alacaksınız? Yani Sayıştayın yargı kararı yoksa, Adli Yargının da bir yargı kararı yoksa bu parayı nasıl alacaksınız? Bunun bir izah edilmesi lazım.

Üçüncü husus, sayın Türker Hocam, olaya kasıt, kusur, ihmalden girdiler. Öyle bir noktaya geldiler ki, eğer kasıt, kusur, ihmal tespit edilemezse kamu zararını yiyen gitsin güle güle noktasına geldiler. Bunu mu demek istiyorlar? Ben bu konuda Barış Bey'in yaklaşımının daha doğru olduğunu düşünüyorum. Barış Bey çünkü orada, kamu zararı öncelik değildir. Öncelik kamu kaynağında azalma, burada kamu kaynağı sözcüğü üzerinde arkadaşlarca biraz üzerinde duruldu. Yani bir kamu idaresi diğer bir kamu idaresine para aktarırsa bu bir kamu kaynağı mıdır, eksilme midir, artış mıdır? Ben buna katılmıyorum. O kurumun parasının azalmasıdır. İlla kamu kaynağı demek de gerekmez bence. Şimdi Barış Bey dediler ki, ben kamunun kaynağında bir azalma var mı, bir çoğunda eksilme var mı ona bakarım. Eksilme varsa burada bir yanlış harcama vardır. Bunun sorumlularının tespit yönünden ihmal var mı, kusur var mı, kasıt var mı onu o yönüyle ararım. Bu doğru yaklaşımı ben de böyle düşünüyorum. Sayın Türker Hocam biraz farklı yaklaştı. Acaba bir çelişki mi var aralarında? Bunun açıklanması gerekir diye düşünüyorum.

Diğer taraftan sayın Başkanımız, kesin hesap kanun tasarısının TBMM'de kurulacak özel bir komisyonda görüşülmesi ve gerekli ağırlığın verilmesi gerektiğini söyledi. Katılıyorum. Ancak tabi, Meclis önce bunu düşündü ayrı komisyonu ama daha sonra vazgeçtiler. Ancak onun önceki ayağına gelmek lazım. Bugün, genel uygunluk bildirimi Anayasa göre Sayıştaya verilen, 5018 sayılı Kanun'a göre verilen, 6085 sayılı Kanun'a göre verilen genel uygunluk bildirimi Sayıştayca usulüne uygun olarak hazırlanıp görüşülüyor mu? Meclis ne diyor? Sayıştay genel uygunluk bildirimine göre tamam demiş ben de o yönde tamam derim. Sayıştay olayla ne kadar ilgileniyor? Bir günde bütün bütçelerin

genel uygunluk bildirimi Sayıştay Genel Kurulunda görüşülüyor ve kabul ediliyor. Yani ayrıntılı bir denetim Sayıştay tarafından yapılıyor mu? Bunu da tartışmak lazım.

Diğer taraftan, Barış Bey başta girdi ama konuşması sırasında değinmedi. Acaba sizce 5018 sayılı Kanun'un 71. maddesinde kamu zararını tanımlayan ifade, Sayıştay'ı mı ilgilendiriyor sadece? Çünkü denetim, inceleme, kontrol, hükme bağlama, yargılama. Dolayısıyla kanun koyucu Sayıştaya ilişkin özel bir düzenleme yapmadığına göre, böyle bir düzenleme yapması doğaldır. Ancak bizim Kanunumuzun daha önce sayın Necip Bey değindi 7. maddesinin 3. fıkrasını aynen okuyorum: Evet şimdi bu özel bir hükümdür 5018'e göre. Burada ne diyor? "Sorumlular mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri ile illiyet bağı kurularak oluşturulan bu ilamda yer alan kamu zararını tek başına veya birlikte tazminle yükümlüdürler." Burada var mı? Kasıt, ihmal böyle bir şey, yok. Bunu da beraber değerlendirdiğimiz zaman nasıl bir sonuca varıyoruz? Onun da açıklanması gerekir diye düşünüyorum. Ayrıca bir şey söyleyeceğim. Değerli arkadaşlar şöyle bir algı var. 5018 sayılı Kanun'da öngörülen sorumluluk halleri bazı arkadaşlar tarafından, özellikle Sayıştaydaki genel kanı bu, yani sanki, devletin yaptığı bütün yanlışları Sayıştayın tespit edeceği gibi yanlış bir kanı var. Bu doğru mu? Bu Sayıştayın tespit edeceği sorumluluk, sadece 5018 sayılı Kanun'da öngörülen kamu görevlileri ile alakalı bir sorumluluk değil mi? Teşekkür ederim.

Moderatör

Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

Teşekkür ediyorum. Efendim, buyrun.

Ali SERDAR

1. Daire Başkanı

Ben konuşmacılara teşekkür ederek başlamak istiyorum.

Sayın Barış Hocam çok güzel bir konuya temas etti. İlgile izledim. Ama gerek akademik çevrelerde gerek diğer hukuk kurumlarında idari ve adli yargıdan bahsediliyor. Mali yargı konusu üzerinde ise hiç durulmuyor. Mali yargının vergi bölümünü idari yargıya idari işlemler nedeniyle, özel hukuk bölümünü yani biraz önce bahsettiniz sözleşmelerin imzalanmasından sonra da adli yargıya. Ama artık ülkemizde mali hukuk kavramı oluşmuştur. Mali yasal düzenlemeler vardır. Mali mevzuat oluşmuştur. Neden acaba akademisyenler arasında mali hukuka gereken önem verilmiyor? Sayın hocamın da dalı. Şimdi diyorsunuz ki, artık sözleşme imzalandıktan sonra genel kabul görmüş olan sistem adli hukukun, özel hukukun alanıdır. Bana

göre değil. Devletin olduğu, kamu parasının harcadığı işlemlerde devletle kişiler arasında yapılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilmemeli. Benim kanaatim tabi bu. O nedenle artık, mali hukuk-mali yargı noktasına gelmemiz gerekiyor. İşte saat 2'den beri tartıştığımız bütün hususlar, bunun çözümünde gizli. Şimdi adli özel hukuk diyoruz, adli yargı diyoruz, idari yargı diyoruz, gerek adli yargı gerekse idari yargıdaki davaların çözümlenmesinde samimiyetle söylüyorum. Lütfen buna akademisyen olarak inanınız; yine Sayıştay birinci rolü oynuyor. Nasıl? Bilirkişi, bu konu teknik bir konu. Gerek sözleşmelerin uygulanması gerekse idari uyuşmazlıklarda emekli Sayıştay meslek mensupları bilirkişi olarak konuya ağırlığını koyuyorlar. Yine uzatıyoruz. Mali hukuku, mali yargıyı getirelim ve sistemimizi de onun üstüne kuralım. Çözümü getirir. Dediğiniz gibi Sayıştay tarafından tespit edilen kamu zararının sonucunda sorumlulardan almak yerine sebepsiz zenginleşenlere gitmek ikili bir aşama. Arkadaşlarımız itiraz ediyorlar; "Biz yargı yapıyoruz, kesin hüküm veriyoruz, siz bunu adli yargıda görüşüyorsunuz." Bu doğru. Gerçekten, Sayıştayda tespit edilen kamu zararları önce bizde kesin hükme bağlanıyor. Sebepsiz zenginleşenler tarafından da ya idari yargıya ya da adli yargıya intikal ettiriliyor. İşte bu Türkiye için bir yükür. Kaynak israfıdır. 5 yıl Sayıştay uğraşacak. 5 yıl da idari veya adli yargı uğraşacak. Ben de buna karşıyım. Ben de bunu içime sindiremiyorum. Ama artık uzmanlaşma kavramı üzerinde çok durmalıyız. Mali hukuk alanında uzmanlaşan Sayıştaya da mali yargı olarak bakmalıyız. Sayıştay yargı olsun dediniz. Anlattığınız sistem içinde Sayıştay yargı değil. Olmamalıdır da sizin anlattığınız sistemde. Ben ona da katılıyorum. Ülkesini seven bir kişi olarak; Sayıştayda niye 5 yıl yargılama yapayım? Denetçi yazar raporunu, gönderir idareye bunu öde der. Ödemezse, idari yargıya gider veya sebepsiz zenginleşen adli yargıya gider. Kamuda israftan kaçınmalıyız, mali hukuk ve mali yargı kavramlarını üstünde durarak konuya çözüm getireceğinin doğru olup olmayacağını konusunda ne düşünüyorsunuz? Teşekkür ediyorum.

Moderatör

Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

Evet, teşekkür ediyorum. Böylece konuşmacıların değerlendirmelerini ve sorularını aldık. Şimdi Doğan BAYAR Bey'in sorusuyla başlayalım. Evet, Elvin Hanım.

Elvin E. ÖZCAN

"İdarenin sorumluluğu da aranamaz mı?" derken tüm kamu zararından kamu idarelerini sorumlu tutalım anlamı çıksın istemiyordum. Sadece kamusal anlamda idarenin sorumluluğuna da gidilebilir diyordum. Bu bir. İkincisi idari yargının görev alanına tecavüz olduğunu

düşünemiyorum. Neden düşünemiyorum? Anayasa'nın 160. maddesi çok açık. Adli yargı deyince o benim cüret edebileceğim bir mesele değil. Ama idari yargının görev alanına tecavüz olamıyor, çünkü 160. madde Sayıştayın görev alanı konusunda çok açık diye düşünüyorum. Özellikle 'kamu kimdir?', 'hizmet nedir?' onlara biraz daha açıklık getirirsem, herhalde daha anlaşılır olacaktır. Barış Hocamız ne düşünür bu konuda? Tecavüz olması söz konusu değildir kanaatimce. Çünkü vergi konusundaki uyuşmazlıklar zaten kısıtlı. Evet mali hukuk önemine değindi beyefendi. Haklılar da kanaatimce. Çok teknik bir alan. Bu teknik alana girmeye cesaret edemiyor; özellikle akademik çevreler hatta fiilen avukatlık yapan hukukçular dahi bu alana girmeye cesaret edemezler. Etmek de istemezler. Çok özel bir alandır. O yüzden bilmiyorum, Barış Bey ne düşünecek bu konuda.

Moderatör

Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

O zaman teker teker gidelim, kişiler hakkında. Rasim DOĞAN Bey'in sorusunu Türker Bey, Uğur Bey ve Elvin Hanım cevaplayacak. Soruları teker teker cevaplama hasıl olmayacak. Ama her arkadaşına söz verelim, cevaplayabildiği kadarıyla cevaplasın. Ancak bazı arkadaşlar benim sorum cevaplandırılmadı diyebilirler. O zaman beni mazur görün. Öncelikle tüm soruları cevaplamak üzere, ilk önce Elvin Hanım siz söz alın.

Elvin E. ÖZCAN

Hemen o zaman çok kısa yanıtlamaya çalışayım. Özellikle idare hukuku ile ilgili, dikkatleri çeken iki soru vardı kanaatimce. Bir "Kamu kimdir?", iki "hizmet tanımına girer mi kamu personeline yapılan ödeme idi?" Şimdi kamu kimdir? Vatandaşa karşı vatandaşın iradesinden üstün kalan kamusal yetki mecrasını kullanabilen her birim bence kamusal bir birimdir. Kamusal yetkilere de haizdir. Bu çok açık. Kamu personeline yapılan ödeme hizmet tanımına girer mi? Şimdi biz kamu hizmetini anlatırken; hizmet tanımını yapmaya çalışıyoruz. Kamu hizmeti nedir? Toplumun ortak gereksinimlerinin karşılanması amacıyla yürütülen etkinliklerdir. Fakat Anayasa'mıza baktığımızda, kamu hizmeti veya hizmet tanımıyla ilgili herhangi bir madde yok. Kamu hizmeti Anayasa'nın bir; 70. maddesinde kamu idaresi olarak kullanılmaktadır. İki; Anayasa'nın 128. maddesinde de yürütülen sürekli idari etkinliklerdir, "kamusal etkinliklerdir" diye tanımlanmaktadır. Ayrıca 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda, hizmet tanımı kesinlikle kamu personeline yapılan ödemeyi içermez. Dolayısıyla burada kamu personeline yapılan ödeme sürekli ve düzenli bir etkinlik midir? İdare bakımından sürekli ve düzenli bir ödeme olması gereken bir etkinliktir. Kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi gereği uyarınca. Ama onun dışında

bir kamu kurumu anlamını ya da kanaatimce bir hizmet tanımını içermemektedir. Son olarak tek bir şey daha söylemek istiyorum. Sözleşme imzalandıktan sonra özel hukuk olmalı mı, olmamalı mı? gibi bir soru geldi. Maalesef buna özel hukuk dışında gibi bir cevap vermemiz mümkün değildir. Çünkü 1999 yılında Anayasa’da yapılan değişiklikle, kamu hizmetlerinin gördürülme usulü özel hukuk lehine genişletilmiştir. Artık idare hukuku ya da kamu hukuku ağırlıklı bir kamu hizmeti gördürülme işi idare sözleşmeleri ve kamu imtiyaz sözleşmeleri dışında mümkün değildir, mevcut değildir. Dolayısıyla bundan sonra idarelerin mal ve hizmet alımlarına ilişkin bütün sözleşmelerin Kamu İhale Kanunu ve Kamu Sözleşmeleri Kanunu’nu da bilirsiniz. Orada özel hukuk hükümlerine bağlanmıştır. Dolayısıyla bu arada bir sorumluluk veya bir tazminat söz konusu olursa biz öğrencilerimize maalesef böyle anlatmak durumundayız. İmtiyaz ve idari hizmet sözleşmeleri dışında kamunun akdettiği bütün sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleridir. Bunun başlangıcı da yap-işlet-devret, yap-işlet, işletme hakkının devri sözleşmeleri ile başlamıştır diyoruz. Çok teşekkür ederim.

Uğur ERIŞ

İlişkiler bakımından da esas itibarıyla, yani biz hukukçu olarak kamu deyince özel hukuk-kamu hukuku açısından işe başlarız. Yani bu da çok eskidir tarihsel açıdan. Şimdi özel hukuk ilişkileri dışında olan yani kamuyla ilgili olan başta devlet olmak üzere kamu tüzel kişilikleri, kamu idareleri, mahalli idareleri de buna ilave edebilirsiniz. Bunlarla ilişkilendirilen bütün işlemlerinden doğan bütün zararlar kamu zararı kavramı olarak değerlendirilebilir. 71. maddede bir konuşmacı, sayın konuşmacı zannediyorum Serhan Bey idi. Güzel bir değerlendirme yaptı, ama tam tanım tatmin etmemiş. Tabi konunun uzmanları kendileri buradaki değerli topluluktan herkesin bizden daha fazla uzman olduğunu söyledim. Kamu zararının aslında burada tanımı var. Yani yasal düzenlemenin tatmin etmemesi de doğal. Üstelik, daha önce burada da ifade edildi değerli hocamız tarafından. Hukuk diliyle çok iyi kaleme alınmamış. Maalesef ülkemizde son zamanlardaki en büyük sorun; köklü yasal değişiklikler oluyor. Ben sadece kendi alanımla, ceza hukuku alanı ile sınırlı görmüyorum. Özellikle mali mevzuatta çok daha fazlası oluyor. Burada da bir özensizlik, yasa yapma tekniğine uymamak, yasa yapma tekniğinde kullanılan terimlerden de kaynaklanıyor. Bundan olduğunu düşünüyorum.

Burada ister istemez Yasa’dakiyle bağlıyız. Yani özel hukuk sorumluluğu açısından da kamu hukuku açısından da; ama özel hukuk alanında mutlak esneklik vardır. Yani ceza hukuku alanındaki suçtan doğan sorumluluk ile özel hukukdaki haksız fiilden doğan sorumluluğu bir tutmamak gerekir. Burada genel ilkeler belirlenir, sorumluluğun belirlenmesinde hakim in geniş takdir yetkisi vardır. Ama ceza hukuku

alanında kanunilik ilkesi hakimî bağlar. Yani yasada yazılandır suç. Onun dışındaki değildir. Ceza da yasada yazılandır. Onun dışında başka bir şey uygulayamazsınız.

Şimdi onun ötesinde burada idarenin galiba Necip Bey'in sorusuydu. Necip Bey burada bir tespit yaptı. Doğru. Daha önce böyle bir şey yoktu, neden sonra genel hükümlere uyar şeklinde? Ben bunu şöyle yorumlayabilirim. Genel hükümlere uymak bizim yeni Ceza Kanunu'muzun 5. maddesi. 5. madde bu Kanun'un genel hükümleri bakımından diyor, buna aykırı olan hükümleri zımnen ilga ettiğini söyleyen ifade var. Buna aykırı hükümler olmuyor. Ama bunun büyük sorunlar doğuracağı düşünülüyordu. Yani diğer alanları bırakın sadece ceza hukuku, cezai hükümler taşıyan özel yasalar bakımından da ve bu 5. madde bir süre askıya alındı. Bir kaç defa da ertelendi. En nihayet yasa 01 Haziran 2005'te yürürlüğe girmesine rağmen, 5. madde 01 Ocak 2010'da yürürlüğe girebildi. Bu arada da bazı düzeltmeler yapıldı. Herhalde bu düzeltmeler de bundandır. Yani objektif sorumluluk neden oldu? Önceki konuşmamda da söylemiştim. Kısa geçildiği için tam anlaşılmadı. 23. madde belirtiyor zaten bunu. Yani kusur sorumluluğu esas alınıyor. Kusursuz sorumluluk Ceza Kanunu yapıldıktan sonra ve 5. maddede buna aykırı hükümlerin mevzuatımızdan çıkması iradesi yasa koyucu tarafından ortaya konduktan sonra ister istemez diğer yasalarda da buna benzer düzenlemeler yapılacaktır.

Onun ötesinde tespit edebildiğim kadarıyla, değerli soru sahiplerinin sorularına bir parça daha değineyim. Kasıt, kusur, ihmal bakımından Sami Bey'in sorusuydu galiba. Şimdi orada kasıt, kusur, ihmal olarak Ceza Hukuku perspektifi açısından bakarak söyledim. İhmal sözcüğü geçiyor. O ihmal için burada özel hukuk alanında söylenilen, burada Türker Hocamızın söylediğine de baktığımızda; bizim taksir anlayışımıza çok yaklaşıyor. Yani taksirin tanımında da o var. Ama ihmali terim olarak biz ceza hukukunda kusur biçimi olarak ifade edemiyoruz. İhmal bir suçun maddi boyutuna bağlı bir kavramdır. Yani hareketin bir biçimidir. Ya icrai hareketle suç işlenir, ya ihmali hareketle suç işlenir. Yani burada değerlendirilecek husus budur. Şimdi burada onun dışındaki sorular bakımından baktığım zaman. Bilmiyorum, atladığım varsa sayın soru sahipleri ceza hukuku alanında. Ama 71. maddedeki konuşmamda kısa geçtim, ona tam değinmedim. Ceza Hukuku'nu ilgilendiren bir yönü var. Şimdi burada sorumluluk belirleniyor, ama 71. maddenin herhalde 4. fıkrasıdır. Ezbere söylüyorum. Orada şu şu eylemler, mesela sahte evraktan bahsediyor, bir takım eylemler olursa; doğrudan doğruya bunlar ceza hukuku açısından suç sayılıyor. Bunu ne yapacaktır? Denetimi yapan kamu görevlileri bunu tespit ettiğinde Ceza Kanunu 279'a göre bunu ilgili makama ihbar edecektir. İhbar yükümlülüğü vardır. Eski Kanunumuzun 255. maddesinde de buna

benzer bir hüküm vardır. Daha vahimi 279 önce bütün bireylere böyle bir yükümlülük getirmekteydi. Anayasa Mahkemesi geçenlerde bunu iptal etti. Yani her suç için kamu görevlisinin resen kovuşturacağı suçlar değil tüm suçlar için herkese böyle ki, yani bu bireylerin yakınları hakkında da anayasal temel ilkeler ile de çelişiyordu.

Benim tespit edebildiklerim bunlar, teşekkür ederim, sağolun.

Barış ÖZÇELİK

Sayın Hocam, ben de şöyle hızlıca olabildiğince her şeye değinerek, sorular da yoğunlu. Nasıl olacağını tam bilemiyorum, ama olabildiğince her şeye değinmeye çalışayım.

Şimdi, sayın BAYAR ilk konuştuğunda bir not almıştım. Hemen onu yanlış anlaşılacak adına belirteyim. Bir sorumluluk normu eğer bir kamu görevlisini sorumlu tutuyorsa; bu tazmin sorumluluğu bakımından. Zenginleşen kendisi olmasa bile; oradaki sorumluluğu devam ediyor. Orada yanlış bir anlamaya neden olmak istemem. Kastettiğim şey, kendisinin değil bir başkasının zenginleşmesi söz konusu. Yalnız burada unutmamamız gereken, incelediğimiz burada tartışma konusu yaptığımız normların kamu görevlilerine belli davranış kalıplarını empoze etmesi. Yani böyle yapacaksınız demesi. Dolayısıyla, bundan sapan her türlü davranış haksız fiil normlarına göre onun da sorumluluğunu doğuracak. O konuda yanlış anlaşılacak istemem.

Cevaplandırılmayanlardan, çünkü arada bazıları cevaplandırıldı. Özellikle dikkat çekici bir soru. Uygulamada tereddüt ettirebilecek. Mevzuatı bilmemek ihmal kapsamında değerlendirilebilir mi? Evet, kesinlikle değerlendirilir. Kamu görevlisi mevzuatı bilmekle yükümlüdür. Ancak, burada hatırlanacak olursa; kusurun derecesi ile alakalı bir kayıt koymuştum. İhmali tespit ederken, genel hakim anlayış bugün objektif ihmal, objektif kusur anlayışıdır. Ancak bazen öyle konular görüyoruz ki; çok teknik ayrıntılarla karmaşık konulara hitap eden elbette burada kusur değerlendirilmesi yapılırken; bahsettiğimiz ağır ihmaldeki gibi değerlendirme yapılmayacak. Eğer ki teknik olarak icap ettiren bir bilgiyi gerektiren bir durum söz konusuysa ve bambaşka bir işlemden dolayı bambaşka bir yerden ödeme yapılıyorsa, buradaki kusur unsuru olmayacak ya da zayıf olacaktır. Burada tereddüt olmaması gerekir. Bunun haricinde bir arkadaşımız, zararın ontolojik kökenine inelim dedi. Takdir edersiniz ki onun yeri burası değil. Burada şimdi, elimizde bir Kanun var, uygulamada sıkıntı var, ve biz akademisyeniz. Bizim görevimiz şu; bu arada Ali Osman Bey'in söyledikleri için de çok teşekkür ederim. Ben de bu vesile ile ifade edeyim. Üniversite dediğin şey, toplumun ihtiyaç duyduğu bilgiyi üretir. Biz bunun için varız. Bu nedenle çabalıyoruz. Burada şimdi, elimizde bir Kanun var, uygulamada sıkıntı var. Bizi çalıştırın, bizi istediğiniz zaman buyurun

ziyaret edin değil mi Hocam? Ortak çalışmalar yapabiliriz. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına bunu söyleyebilirim. Ayrıca bir idarecilik görevim de var. Belki o nedenle söyleyebilirim. Biz her zaman bu konuda işbirliğine açığız. Ama bize hiç soran olmadı. Hele Sayıştay bu konuda çok şanslı. Zira böyle bir duayen Başkanlığını yapmış. Neye ihtiyacı oldu? İşte çağırdınız, işte buradayız. Dolayısıyla, biz gene geliriz. Sizler gelin. Ne ihtiyaçsa, teorik olarak böyle şeylere dikkat çeksek. Bu da kârdır. Dolayısıyla, bu vesile ile o soruyu cevaplandırmış olalım. Burada tabiki ona giremeyiz. Kamu zararı doğar mı? Kamu zararı olabilir mi? Değil mi? Bunu söylediniz.

Bu şeyle alakalı, Cengiz Başkan sizin sorunuza geliyor. Ondan önce, şu andaki mevzuata göre, eğer ortada kusur yoksa, yani kasıt, ihmal yoksa ilgili sorumlunun sorumluluğuna hükmedememek gerekir ile ilgili sorulardan biri bu şekildeydi. Gelelim ortada bir yargı yokken; nasıl tahsil edilecek? Bunun cevabını Yönetmelik veriyor. Yönetmeliğin 12. maddesi diyor ki; “Kamu zararından doğan alacakların tahsil şekilleri, rızaen sulh yoluyla ödetebilirsiniz. Borçlar Kanunu açısından takas edebilirsiniz. Ya da direkt icraya gidebilirsiniz. Bunları yaptınız. Size dava açar. Mesela takas ettim, ödemiyorum diyebilirsiniz. O kimse size karşı dava açar. Çünkü sonuçta tebliğimde bahsettiğim noktaya gelmiş oluruz. Olay kamu zararı aşamasına geçmeden evvel şu veya bu şekilde çözüme kavuşturulmuş olur. Bunun ötesinde hesapla alakalı meselelerde size gelir, uygun şekillerde hükmedersiniz. Dolayısıyla bunun tahsil şeyi bu. Bir gelişki var mı? diye söylemişsiniz. Bu konuda bir kez daha net bir şekilde ifade edeyim. Kriterimiz, kendi cebine bir şey girip girmemiş olduğu değildir. Girmiş olabilir. O zaman hem haksız fiilden, hem de sebepsiz zenginleşmeden sorumludur. Her iki fiilin tealuku söz konusudur. Bundan başka fiili yaptım, yanlış davrandım. Bir başkasının cebine girdi. Ortada prensip olarak iki sorumlu söz konusudur. Biri haksız fiili yapan faili, mevzuat gereği belli şekilde davranma gereği olan kişi; ikincisi, sebepsiz zenginleşme çerçevesinde o şeyi haksız olarak elde etmiş olan kişi.

71. madde Sayıştaya mı hitap ediyor? Hayır, kesinlikle sadece Sayıştaya hitap etmiyor. İşte, bu Yönetmelikte bahsedilen hususlar çerçevesinde, bu durum olduğunda idare harekete geçer. Hatta uygulamada çoğunlukla sizlerin tecrübeleri bu konuda bizden daha çoktur. Bir şekilde ahizlerden tahsilat söz konusu olduğunu duyuyoruz. Zaten daha çok Sayıştay tarafından değil, diğer kamu kurumları tarafından uygulandığını görüyoruz.

Sorumluluğun kusura bağlı olmadığı, yine birden kez dile getirildi. O nedenle, özel olarak son olarak ona da değineyim. Sorumluluğun kusura bağlı olduğu ayrıca Sayıştay Kanunu 7. maddesinde dile getirilmeye muhtaç değil; dile getirilmemiş olması bir şeyi değiştirmez.

Zira 71. madde, kamu zararından doğan sorumluluğu kusura bağlıyor. Prensip olan sorumluluk biçimi, kusura bağlı sorumluluktur sistemimizde. Eğer bir sorumluluk, kusurdan bağımsız olacaksa, yani objektif sorumluluksa, sebep sorumluluğu söz konusu olacaksa, bunun Kanun'da ayrıca özel olarak düzenlenmesi gerekir. Aksi belirtilmedikçe, bütün sorumluluklar kusur sorumluluğudur. Tekrar hem sorularınız için, hem ilginiz için, hem de sabrınız için çok teşekkür ederim.

Türker SUSMUŞ

Teşekkürler Hocam.

Sanırım Rasim Bey'di, Rasim DOĞAN'dı galiba. "Bu kurum zararı ve kamu zararı konusuna değindi ama tam değinmedi, top çevirdi hocam" gibi bir ifadede bulunmuştu. Aslında orada tartışma yapmak için onu söylemiştim, ama şahsi fikrimi soruyorsanız; hocam da kamu kapsamına girdi. Kamu zararı ile kurum zararı farklı bir yön. Yani kamuyu bir bütün olarak görüyorum. Benim şahsi fikrime göre. Yani kamuyu zarara uğratmakta, kuruma tahsis edilen ödeneği kötü kullanmaktan zarara uğrattı denebilir. Tabi sonuçta, bunlar rapora yansiyacak, ilgili dairelerince karar çıkacaktır, netleşecektir. Şahsi görüşüm kurum zararı kamu zararı aynı değildir. Kamu zararı geneldir. Kurumu zarara uğratabilir. Ama kamuyu zarara uğratmamışsa, kamu zararı yoktur diye düşünüyorum.

Diğer taraftan Necip Bey'in sorusunda, illiyet bağı kurulmadan tabi mümkün değildir.

Necip TURGUTER

Biz denetçi olarak nasıl diyoruz? Mesela bir örnek vereyim. Yan ödeme kararnamesine göre yanlış bir uygulama söz konusu. Şu kadar ödenmesi gerekirken bu kadar ödendiğinden dolayı yersiz ödemede bulundunuz. Sebebinin açıklanması. Şimdi bunun yerine şunu söyleyebilir miyiz? Yan ödeme kararnamesini yanlış yorumlamak suretiyle, ihmalinizden dolayı şu kadar kamu zararı oluştu. Bunu söyleyebilir miyiz, söyleyemez miyiz? Bu ihmal lafını koymalı mıyız, koymamalı mıyız? Benim öğrenmek istediğim budur efendim. Can alıcı noktası bana göre burada.

Türker SUSMUŞ

Anladığım kadarıyla size burada belirtmeye çalışayım. Sonuçta orada kusur, daha önce açmıştık zaten. Siz illiyet bağı kurduktan sonra eğer burada bir kusur veya kasıt varsa, bunu kanunen belirtmeniz gerekmektedir. Zaten kanunen 71. madde hocam da belirtti, oradan kaçmak mümkün değil. Ben illiyet bağı kurdum, ama ben kasıt, kusur, ihmalle ilgilenecek miyim? İlgilenmeniz gerektiğini düşünüyorum.

Fatih TÜRKOĞLU. Ben öyle demedim, ama “İyi niyet varsa, kamu zararı önemli değildir.” demişim galiba. Cümlem aslında şuydu; dikkat edersiniz denetçilerin bakış açısını vurgulamaya çalıştım arada. Yani, birileri yolsuzluk yapmışsa, sizin tabirinizle yemişse; herhalde bunun üzerine gidilmemesi ihtimali yok. Burada belirtmeye çalıştığım husus şu; ortada kamu zararı konusu belki de yok, kamu zararı diye bir şey yok, fakat yorum yanlışlığı var. Demek istediğim budur. Kişi kamu zararı yaptı ama iyi niyetliydi; bunu demedim. Bu şekilde anlaşıldıysa düzeltmek isterim.

Refik Bey, kamu zararı kurum zararına değinmiştim.

Sayın Osman GÜÇLÜ de güzel bir yaklaşım yaptı. Aslında eleştirmeyi özellikle kendimi eleştirmeyi hem insan olarak hem de bir hoca olarak eleştirmeyi sevdiğimi söyledim. Dediğinize katılıyorum. Sorunun tespitine vurgu yaptık aslında. Hatta öyle bir öneri de getirmiştım. Yani, burada ihmali netleştirelim. Kast ile ihmalin ayrımını yaptığımızı sanıyorum. Kesinlikle Sayıştay’ı eleştirmek amacıyla da söylemedim. Yani Sayıştaya mı söylendi şeklinde? Hayır. Dikkat ederseniz, denetim elemanlarını geniş kullandım. Bazıları başka kurumlar ile ilgiliydi. Burada insan faktörü var. Yani, bir hocanın muhasebe hocasının dersini dinlersiniz, bir başka hocanın dersini dinlersiniz. Başka şeyler görebilirsiniz. O nedenle özeleştiriye genel olarak ifade etmek istedim.

Cengiz Bey’in çok can alıcı bir sorusu vardı. Kamu zararı mı arıyoruz, yoksa Anayasa’nın ilgili hükümlerine göre mi yapıyoruz? Tabi ki denetim elemanlarının yasal çerçevede işlerini yapmıyorlar diye iddia etmedim zaten. Böyle bir iddiam yok. Bir elin beş parmağının bir olmadığı gibi denetim elemanlarının yeknesak olmadığını da takdirlerinize bırakıyorum. Benim görüşlerim bu kadar hocam, teşekkür ederim.

Moderatör

Prof. Dr. M. Kamil MUTLUER

Kamu zararının konuşulmasına 3,5 saat yetmedi. Efendim, ben 71. maddenin önemli olduğuna, düğüm maddesi olduğuna inanıyorum. Acaba, diyorum, bu çıkarılan yönetmeliğin de mi yeniden yorumlanması, genişletilmesi gerekir? Yoksa 71. maddenin yeniden ayrıntılı olarak bilimsel kurallara uygun şekilde düzeltilmesine mi gidilir? diye düşünüyorum. Bunu takdirlerinize bırakıyorum.

Oturumu açarken kamu zararı konusunun çetin bir konu olduğundan bahsettim. Çünkü menfaatler çatışıyor. Böyle deyince konuyu bir hikaye ile açtım, mücadele ederseniz Fridman’ın bir dörtlü matrisiyle konuyu sonlandırayım.

Fridman diyor ki; “Bir kişi eğer parasını kendisi için harcarsa, hem aldığı malın hem yaptırdığı hizmetin kaliteli olmasına özen gösterir, hem

de en ucuz fiyatı vermeye çalışır.” Bu ilk önermesi. Eşyanın tabiatı. İkinci alternatif şunu söylüyor; “Başkasının parasını kendisi için harcarsa, o zaman para kendinin olmadığı için aldığı malın kaliteli olmasına çalışır, fiyat o kadar önemli değildir.” Üçüncü alternatif ikincinin tersi. Orada da diyor ki; “Kendi parasını bir başkası için harcarsa, fiyat önemli kalite önemli değildir.” Şimdi geldik asıl dördüncü alternatife. Dördüncü alternatif tam bizim konumuza uygun. “Başkasının parasını başkası için harcarsa, vergi mükellefinin parasını devlet için harcarsa, fiyat da önemli değil kalite de önemli değildir.” diyor. İşte menfaat çatışması, zor bir konu. Ancak bu konuyu mümkün olduğu kadar çözmeye gayret etmek de bizim boyun borcumuz.

Bu saate kadar bizi dinlediğiniz için teşekkür ediyorum. Ümit takımı ile çıktık karşınıza. Değerli arkadaşlarım performanslarını ortaya koydular. Ben kendilerine öncelikle burada teşekkür etmek istiyorum. Siz değerli arkadaşlarıma, sayın Başkana böyle bir konuyu gündeme getirdiği için teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum.



Fotoğraf Albümü





























T.C. Sayıştay Başkanlığı

Yayın İşleri Müdürlüğü
06100 Balgat/ANKARA
www.sayistay.gov.tr

ISBN: 978-975-7590-07-1