

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN UYGULANMASI SÜRECİNE KATILAN GÖREVLİLERİN İDARİ, MALİ VE CEZAI SORUMLULUĞU¹

Yaşar GÖK²

1. GİRİŞ

Kamu ihale sözleşmelerinin idare adına yürütülmesi sürecine katılan kamu görevlilerinin, sözleşmenin konusunu teşkil eden mal, hizmet ya da yapım işinin sözleşme ve eki kurallarına göre, idarenin hak ve yararları gözetilmek suretiyle denetim, muayene ve kabul işlemleri yapılarak idare uhdesine geçirilmesi şeklinde tanımlanabilecek temel görev ve yükümlülükleri bulunmaktadır.

Bu görev ve yükümlülüklerin kasıt, kusur ya da ihmal suretiyle ihlal edilmesi sorumluluk sebebi olup, eylemin ve ortaya çıkan sonucun niteliğine göre idari, mali ve/veya cezai yaptırımların uygulanmasını gündeme getirir.

Bahse konu sorumluluk ve yaptırım hükümleri başta Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) olmak üzere, diğer mali mevzuat ve genel hükümler olarak nitelendirilebilecek Borçlar Kanunu ve Ceza Kanunlarında düzenlenmiştir.

Bu konuda özel düzenleme niteliği arz eden KİSK' in "Görevlilerin Ceza Sorumluluğu" başlıklı 28 inci maddesinde;

"Muayene ve kabul komisyonlarının başkan ve üyeleri, yapı denetim görevlileri ve ihtiyacın karşılanma sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerin, görevlerini kanunî gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanır. Ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturması da yapılır ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyan genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirilir. Bu Kanuna aykırı fiil veya davranışlardan dolayı hüküm giyen idare görevlileri, bu Kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilemezler.

Bu Kanun kapsamına giren işlerden dolayı yargı organlarıncı herhangi bir ceza verilmiş olanlar, bu Kanun kapsamına giren bütün kamu kurum ve kuruluşlarıncı bu Kanunun ve ilgili diğer mevzuatın uygulanması ile görevli ve yetkili kadrolara atanamaz ve görev alamazlar."

Denilmek suretiyle, kamu görevlilerinin muhatap olacakları sorumluluk türlerine işaret edilmiştir. Her ne kadar madde başlığında ceza sorumluluğu ifadesine yer verilmişse de düzenlemenin içeriğinin idari, mali ve cezai sorumluluğun tümünü kapsadığı anlaşılmaktadır.

2. SORUMLULAR VE SORUMLULUK SEBEBİ SAYILAN DAVRANIŞLAR

KİSK' in 28 inci maddesine göre, sorumluluğun muhatabı olacak kamu görevlileri;

- Muayene ve kabul komisyonlarının başkan ve üyeleri,
- Sözleşmeye bağlanan işlerin idare adına denetimini yapan kişiler,

¹ Güncel Mevzuat Dergisinde yayımlanmıştır.

² Sayıştay Uzman Denetçisi, Kamu İhale Kurulu E. Üyesi

- İhtiyacın karşılanması sürecinin her aşamasında görev alan diğer ilgililer (hakediş raporunu düzenleyen, inceleyen ve onaylayan kişiler, süre uzatımı kararı verenler, proje değişikliklerini onaylayanlar, yeni fiyat yapımına katılanlar, iş artışına ihtiyaç gösteren ve olur verenler, kesin hesapları tanzim edenler ve onaylayanlar vd.) dir.

Bu kişilerin görevlerini kanunî gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanacak, ayrıca, fiil veya davranışlarının Türk Ceza Kanununa (TCK) göre suç teşkil etmesi halinde haklarında ceza kovuşturması da yapılacak ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyan genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirilecektir.

Madde hükmü uyarınca;

- Görevin kanuni gereklere uygun yapılmaması,
- Tarafsızlığın ihlal edilmesi,
- Taraflardan birinin (idarenin veya yüklenicinin) zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunulması,

Eylemlerinin her birisi sorumluluk sebebi olarak değerlendirilecektir.

Görevin kanuni gereklere uygun yapılması; kamu görevlisinin görevini yerine getirirken gözetmek zorunda olduğu kanun ve diğer alt hukuki düzenlemelerin tümüne uygun davranma keyfiyeti olarak anlaşılmalı, mevzuatın emrettiği işlem ve eylemlerin zamanında, yerinde ve doğru biçimde yapılması, mevzuatın yasakladığı işlem ve eylemlerden ise özenle kaçınılması gereği bu kapsamda mütalaa edilmelidir.

Kamu görevlilerinin kendilerine verilen yetkileri kullanırken ve görevlerini yerine getirirken tarafsız davranmaları, idare veya yüklenici zararına olacak biçimde yanlış uygulamalardan uzak durmaları gerekmektedir. Bu çerçevede özellikle, 4735 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde belirtilen tarafların eşitliği ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır.

3. SORUMLULUK TÜRLERİ

Hukuk sistemimiz çerçevesinde, kamu görevlilerinin muhatap olduğu sorumlulukları ;

- İdari sorumluluk,
- Cezai sorumluluk,
- Mali sorumluluk, şeklinde bir ayrıma tabi tutmak mümkündür.

3.1. İdari Sorumluluk (Disiplin Sorumluluğu)

Kamu görevlilerinin idari sorumlulukları ve bu sorumluluğa ilişkin yaptırım hükümleri içeren disiplin cezaları personel mevzuatlarıyla düzenlenmiş bulunmaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi personel için, disiplin cezası gerektiren fiil ve haller ile bu fiil ve hallere uygulanacak disiplin cezaları ve disiplin kovuşturması yöntemi söz konusu Kanunun 124-145 inci maddelerinde hükme bağlanmıştır.

Esas itibariyle Kanunun 124 üncü maddesi Devlet memurunun idari sorumluluklarının kapsamını da belirlemektedir.

Anılan madde hükmüne göre, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin Devlet memuruna emrettiği ödevleri yurt içinde ve yurt dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre Kanunda belirtilen disiplin cezalarından birisi verilir.

Kanunun 125 inci maddesinde, Devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller sıralanmıştır. Söz konusu madde hükmü uyarınca, Devlet memurunun disiplin cezası gerektiren fiil ve davranışının niteliğine göre, maddede

belirtilen uyarı, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarından birisi, Kanunun ilgili maddelerinde düzenlenmiş olan prosedür dahilinde verilir.

4735 sayılı Kanunun 28 inci maddesinde geçen “ilgili mevzuat” ifadesi kamu görevlilerinin niteliğine göre tabi oldukları personel hukukuna işaret etmektedir. Böylece, 657 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan diğer görevliler için tabi oldukları personel mevzuatında öngörülen disiplin cezalarının uygulanması gerekecektir.

Personel mevzuatı dışında bir kısım idari cezalar öngören hukuki düzenlemeler de bulunmaktadır.

Bu cümleden olmak üzere, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 70 inci maddesinde;

“Kamu zararı oluşturmamakla birlikte bütçelere, ayrıntılı harcama programlarına, serbest bırakma oranlarına aykırı olarak veya ödenek gönderme belgelerindeki ödenek miktarını aşan harcama talimatı veren harcama yetkililerine, her türlü aylık, ödenek, zam ve tazminat dahil yapılan bir aylık net ödemeler toplamının iki katı tutarına kadar para cezası verilir.”

71 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında;

“Alınmamış para, mal ve değerleri alınmış; sağlanmamış hizmetleri sağlanmış; yapılmamış inşaat, onarım ve üretimi yapılmış veya bitmiş gibi gösteren gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle kamu kaynağında bir artışa engel veya bir eksilmeye neden olanlar ile bu gibi kanıtlayıcı belgeleri bilerek düzenlemiş, imzalamış veya onaylamış bulunanlar hakkında Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunların bu fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. Ayrıca, bu fiilleri işleyenlere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dahil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarına kadar para cezası verilir.”

Denilmekte, 73 üncü maddesinde ise; belirtilen para cezalarının, ilgili kamu idaresinin üst yöneticisi tarafından verileceği ve para cezalarının, karar verilmesini izleyen ay başından başlamak üzere ve mahkemeden hüküm almaya gerek kalmaksızın; ilgililerine yapılan her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dahil bir aylık net ödemelerin dörtte biri oranında kesilerek tahsil olunacağı ifade edilmektedir.

Diğer yandan, aynı olaydan dolayı kamu görevlisi hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktirmez ve ilgilinin ceza kanununa göre mahkum olması veya olmaması halleri de, ayrıca disiplin cezası uygulanmasına engel teşkil etmez.

3.2. Cezai Sorumluluk

Ceza kanunlarının suç olarak tanımladığı ve yaptırıma bağladığı işlem ve eylemlerin sözleşmenin uygulanması sürecine katılan kamu görevlilerince işlenmesi halinde ceza sorumluluğu gündeme gelecektir.

Ceza kanunlarının suç saydığı işlem ve eylemlerin gerçekleşmesi halinde, salt ceza kanunlarından doğan hükümler dolayısıyla ilgililer hakkında ceza kovuşturması yapılması zaten gerekli olmakla birlikte, 4735 sayılı Kanun başta olmak üzere çeşitli kanunların yaptığı göndermelerle de bu hususun teyit edildiği görülmektedir. 4735 sayılı Kanunun yukarıya alınan 28 inci maddesinde geçen; *“Ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturması da yapılır ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyan genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirilir.”* hükmü de bu nitelikli bir düzenleme hüviyetindedir.

Ceza Kanunlarına gönderme yapan benzer düzenlemeler başka kanunlarda da mevcuttur. Örneğin, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71 inci maddesine göre, alınmamış para, mal ve değerleri alınmış; sağlanmamış hizmetleri sağlanmış;

yapılmamış inşaat, onarım ve üretimi yapılmış veya bitmiş gibi gösteren gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle kamu kaynağında bir artışa engel veya bir eksilmeye neden olanlar ile bu gibi kanıtlayıcı belgeleri bilerek düzenlemiş, imzalamış veya onaylamış bulunanlar hakkında TCK veya diğer kanunların bu fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. Keza, 832 sayılı Sayıştay Kanununun 65 inci maddesi uyarınca da, inceleme sırasında suç teşkil eden fiillere rastlanması halinde, maddede belirtilen prosedür dahilinde kamu davası açılmak üzere konunun Cumhuriyet Savcılığına duyurulması gerekmektedir.

Kamu görevlilerince işlenebilecek suçlar ve bu suç fiillerine uygulanacak cezalar 5237 sayılı TCK' da hüküm altına alınmıştır.

Kanunun 6 ncı maddesine göre, ceza kanunlarının uygulanmasında;

“Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi,.....anlaşılır.”

Maddenin gerekçe metninde;

“765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki “memur” tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek olan tanım, tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan “kamu görevlisi” tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.

Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık veya tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımından örneğin bir suç vakıasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler.

Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerin üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.”

Denilmek suretiyle kamu görevlisi kavramına açıklık getirilmiştir.

Görüleceği gibi Ceza Kanunu uygulaması bakımından kabul edilen “kamu görevlisi” tanımı personel mevzuatlarında yer alan “memur” tanımından daha geniş bir çerçeveye sahiptir.

Bu anlamda 765 sayılı eski TCK' nın 279 uncu maddesinde;

“Ceza Kanununun tatbikatında :

1. Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri;

2. Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler, memur sayılır.

Ceza Kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekte muvazaf olanlar:

1. Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur, müstahdemleri;

2. Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir.”

Şeklinde “memur” kavramı içerisinde mütalaa edilen kişilerin yeni TCK uygulaması açısından da “kamu görevlisi” olarak kabul edilmesinde bir tereddüt bulunmamakla birlikte, yeni Kanunun öngörmüş olduğu genişletici yaklaşım dikkate alındığında;

- Kanunun yukarıya alınan gerekçe metninde ifade edilen avukat ve noterler ile bilirkişilik görevi icra edenlerin,

- Kamu İktisadi Teşebbüslerinde çalışan her pozisyondaki personelin,

- Rayiç veya fatura tasdiki gibi sözleşmenin uygulanması aşamasına ilişkin kimi işlemleri icra eden ticaret ve/veya sanayi odası görevlilerinin,

Kanaatimizce, kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi gerekecektir.

Ancak TCK' nın 6 ncı maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi; kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu faaliyeti gerçekleştiren kişilerin kamu görevlisi sayılması mümkün olmadığından, ihale yoluyla kendisinden yaklaşık maliyet hazırlama, teknik şartname hazırlama, proje hazırlama, mesleki kontrollük işini yürütme gibi hizmet veya danışmanlık hizmeti satın alınan kişiler Ceza Kanunu uygulaması açısından kamu görevlisi sayılmayacaktır.

Kamu ihale sözleşmelerinin uygulanması bağlamında kamu görevlilerince işlenebilecek suç teşkil eden fiiller ve TCK' da yer alan yaptırım hükümlerine ilişkin düzenlemeler şöylece sıralanabilir:

- Resmî belgede sahtecilik³ (md. 204)
- Resmî belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek (md. 205)
- Edimin ifasına fesat karıştırma (md. 236)
- İrtikap (md. 250)
- Rüşvet (md. 252)
- Yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama (md. 255)
- Görevi kötüye kullanma (md. 257)

Diğer yandan, 4735 sayılı Kanunun yukarıya alınan 28 inci maddesinde; bu Kanuna aykırı fiil veya davranışlardan dolayı hüküm giyen idare görevlilerinin, bu Kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilemeyecekleri ve bu Kanun kapsamına giren işlerden dolayı yargı organlarınca herhangi bir ceza verilmiş olanların, bu Kanun kapsamına giren bütün kamu kurum ve kuruluşlarınca bu Kanunun ve ilgili diğer mevzuatın uygulanması ile görevli ve yetkili kadrolara atanamayacakları ve görev alamayacakları ifade edilmektedir.

Madde hükmü ceza kanunlarına göre hüküm giyen kamu görevlilerine uygulanacak ilave yaptırımları düzenlemekte olup, söz konusu yaptırımların uygulanabilmesi için; ceza hükmünün KİSK kapsamına giren işlerle ilgili olması ve verilen hükmün kesinleşmesi gerekmektedir.

³ - PTTBölge Müdürlüğünün Ç. ve S. hizmet binası inşaatları sırasında, Müteahhit.....'nın kontrol mühendisi.....ile anlaşarak inşaatta kullanılan kum ve çakılı yakın mesafeden getirdiği halde uzak mesafeden getirilmiş gibi göstermek, inşaat sahasına getirilmeyen malzemeler için ihzarat tutanakları düzenlemek, ayrıca grobetonu teslim almadığı halde bodrum kat için tekrar grobeton imalatı göstermek suretiyle fazla tahakkuk sağlayarak sahte hakediş raporu düzenledikleri anlaşılıp sübuta ermesine göre eylemleri, resmi evrakta sahtecilik suçunu oluşturmaktadır. (Yargıtay 5. Ceza Dairesi 14.6.1994 T. 1632 E. 1994 K.)

- Dosya içeriğinden, Ziraat BankasıŞubesi lojmanlı hizmet binasının sözleşmeli kontrolü sanık ile müteahhit firma temsilcisi sanık 'nın 65.55 ' i tamamlanan inşaat için 84.70' i bitmişçesine hakediş raporu düzenlemek şeklinde beliren eylemlerinin, iddianame kapsamı da nazara alındığında Türk Ceza Kanununun 345. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken suç niteliğinde yanılıya düşülerek yazılı düşünce ile inancı kötüye kullanmak suçundan beraatlerine karar verilmesi, kanuna aykırı ve müdahil vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün bu sebepten dolayı isteme aykırı olarak bozulmasına karar verildi. (Yargıtay 9. CD. 4.12.1992 T. 1992/10566, 1992/10835 K.)

Ceza hükmü giyen kamu görevlileri 4735 sayılı Kanun kapsamına giren bütün kamu kurum ve kuruluşlarınca bu Kanunun ve ilgili diğer mevzuatın uygulanması ile görevli ve yetkili kadrolara atanamayacaklar ve görev alamayacaklardır. İlgili diğer mevzuatın uygulanmasıyla ilgili görevler, kanaatimizce 4735 sayılı Kanuna dayalı olarak çıkarılan tüm ikincil mevzuat kapsamında gerçekleştirilmesi gerekli görevler ile 4734 sayılı Kanun kapsamındaki görevlerdir. Bu tür görevlerde bulunurken ceza hükmü giymiş olanların kadroya atanma ve görev alabilme şartları ortadan kalkmış olacağından yasak kapsamına girmeyen diğer kadro ve görevlerde istihdam edilmelerinin sağlanması gerekmektedir.

4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu maddenin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "Haklarında kamu davası açılmasına karar verilen idare görevlileri yargılama sonuna kadar bu Kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilemezler." şeklindeki hüküm "Bu Kanuna aykırı fiil veya davranışlardan dolayı hüküm giyen idare görevlileri, bu Kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilemezler." şeklinde değiştirildiğinden sözleşmenin uygulanması aşamasıyla ilgili olarak kamu görevlileri hakkında kamu davası açılmış olması her hangi bir yaptırım uygulanmasını gerektirmemektedir.

3.3. Mali Sorumluluk

Kamu ihale sözleşmelerinin uygulanması sürecine katılan kamu görevlilerin mali sorumluluğu, sebep oldukları zarar ve ziyanın ödettilmesi şeklinde olmak üzere; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, Borçlar Kanunu, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ve Sayıştay Kanunu hükümleriyle düzenlenmiş bulunmaktadır.

Tazminata konu zarar, doğrudan idare aleyhine ortaya çıkabileceği gibi, sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenici veya üçüncü kişilere yönelik de gerçekleşebilecektir.

Kamu görevlilerinin fiil veya davranışları dolayısıyla sözleşmenin tarafı olan yüklenici veya üçüncü kişilerin zarar gördüğü durumlarda, zarar gören kişiler kural olarak zararlarının tazminini idareden talep ederler. Bu talep üzerine mahkeme veya yetkili makamlarca verilen kararlara dayalı olarak zarar görenin zararı idarece karşılanır. İdare ödemek zorunda kaldığı tazminat tutarını sebep olan kamu görevlisinden rücu yoluyla tahsil eder.

Kamu görevlilerince idareye verilen zararlar kontrol, denetim ve inceleme aşamalarında veya Sayıştay'ca kesin hükme bağlama ya da mahkemelerce yargılama sonucunda tespit edilebilir.

İdarece, kontrol, denetim ve inceleme suretiyle tespit edilen kamu zararlarının kamu görevlisince rızaen tazmin edilmesi mümkün olduğu gibi, rızaen tazmine yanaşılmaması halinde mahkemeden hüküm alınması suretiyle tazmin imkanının sağlanması gerekecektir.

Kamu görevlilerince idareye verilen zararların tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve diğer işlemlerle ilgili olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun aşağıya alınan 12 ve 13 üncü maddeleri ile 13 üncü maddeye göre çıkarılan Yönetmelikte ayrıntılı düzenlemeler bulunmakla birlikte, aynı amaca yönelik olmak üzere kamu zararının niteliği, tespit ve tahsil şekli gibi konulardaki hükümlerin 5018 sayılı Kanunun 71 inci maddesinde de yer aldığı görülmektedir.

Her iki madde hükmü önemli ölçüde örtüşmekle birlikte, 5018 sayılı Kanunun 71 inci maddesindeki "kamu zararı" tanımını 657 sayılı Kanunun öngördüğü "zarar" kavramından daha dar kapsamlıdır.

Dolayısıyla bahse konu hususlarda 5018 sayılı Kanunun 71 inci maddesi ile anılan maddeye göre çıkarılan Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre işlem yapılması, ancak bu madde kapsamına girmeyen idare zararları konusunda ise 657 sayılı Kanun hükümlerinin gözetilmesi gerekmektedir.

3.3.1. Devlet Memurları Kanunu açısından mali sorumluluk

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 12 nci maddesinde :

“Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet mallarını 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.

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.”

Hükmü yer almaktadır.

13 üncü madde hükmüne göre de, kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren kamu personeli aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.

Yine Kanunun 13 üncü maddesinde, 12 ve 13 üncü maddelerde belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususların Başbakanlıkça düzenlenecek Yönetmelikle belirleneceği ifade edilmektedir.

Maddeye istinaden çıkarılan “Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerin Sorumlulukları, Yapılacak İşlemler Hakkında Yönetmelik”⁴ te belirtilen hususlara açıklık getirilmiştir.

3.3.2. Borçlar Kanunu açısından mali sorumluluk

Borçlar Kanunuyla getirilen mali sorumluluk, mahkemece hükme bağlanması gereken bir tazminat sorumluluğu olup Kanunun, haksız muameleden doğan borçlar başlığı altındaki 41 ve 42 nci maddelerinde düzenlenmiştir.

41 inci maddeye göre;

“Gerek kasten gerek, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye zarar ıka eden şahıs tazmine mecburdur.”

42 nci maddede ise;

“Zararı ispat etmek müddeiye düşer. Zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim, hâlin mutat cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikân tâyin eder.”

Hükmü yer almaktadır.

Borçlar Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca, hukuk hakimi, kusur olup olmadığına yahut haksız fiil failinin temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mes’uliyete dair hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinden verilen beraat kararıyla da mukayyet değildir. Ayrıca, ceza mahkemesinin kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarının tayini hususunda dahi hukuk hakimini bağlamaz⁵.

Böylece, işlem ve eylemleri nedeniyle idare zararına sebebiyet verenler hakkında ceza takibatı yapılmış ve bu kişiler beraat etmiş olsalar dahi, bu beraatleri sebep oldukları zarara ilişkin sonuçları ortadan kaldırmamakta ve Borçlar Kanununun 53 üncü maddesi gereğince mali sorumlulukları devam etmektedir.

⁴ 13.8.1983 tarih ve 18134 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

⁵ Memurlar hakkında açılan davada, hukuk hakimi; kusur olup olmadığına karar vermek için, ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin kuralları ve beraat kararı ile bağlı olmadığından, memurların görevlerinin niteliği, görev süreleri, kontrol yönetmeliği dikkate alınarak, inşaattaki kusurlu işler karşısında, sorumlu bulunup bulunmadıkları konusunda, bilirkişi heyetinden alınacak rapora göre karar verilmelidir. (Yargıtay 15. HD. 2.2.1995 T. 404 E. 479 K.)

Diğer yandan Borçlar Kanunundan doğan tazminat sorumluluğu 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71 inci maddesinde ifade edilen “kamu zararı” kavramından daha geniş kapsamlı olup, kamu görevlisinin sebep olduğu tüm zararları içine almaktadır⁶.

3.3.3. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu açısından mali sorumluluk

Konuya ilişkin olarak, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 68 inci maddesinde;

“Sayıştay tarafından hesapların hükme bağlanması; genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin gelir, gider ve mal hesapları ile bu hesaplarla ilgili işlemlerinin yasal düzenlemelere uygun olup olmadığına karar verilmesidir.”

Denilmekte, “Kamu zararı” başlıklı 71 inci maddesinde ise;

“(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.*

(Değişik üçüncü fıkra: 22/12/2005-5436/10 md.) 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.

Alınmamış para, mal ve değerleri alınmış; sağlanmamış hizmetleri sağlanmış; yapılmamış inşaat, onarım ve üretimi yapılmış veya bitmiş gibi gösteren gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle kamu kaynağında bir artışa engel veya bir eksilmeye neden olanlar ile bu gibi kanıtlayıcı belgeleri bilerek düzenlemiş, imzalamış veya onaylamış bulunanlar hakkında Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunların bu fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. Ayrıca, bu fiilleri işleyenlere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dahil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarına kadar para cezası verilir.

(Değişik son fıkra: 25/4/2007-5628/4 md.) 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.”

Hükümleri yer almaktadır.

Maddenin son fıkrasına istinaden Bakanlar Kurulunca “Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” çıkarılmıştır.

⁶ - Gizli ayıplı inşaatın yıkılması sonucu meydana gelen idare zararından işin müteahhidi ile birlikte kontrollük ve kabul işlemlerini yapan kamu görevlileri de sorumludur. (Yargıtay 15. HD. 21.5.1992 T. 248 E. 2683 K.)

- İnşaat yerinin ve projenin kusurlu olması nedeniyle çöken köprü inşaatında, inşaat yapacağı yeri incelemek ve varsa ayıpları konusunda iş sahibi idareyi uyarmak zorunda olan müteahhit ile birlikte idare görevlileri de sorumludur. (Yargıtay 15.HD. 6.5.1991 T. 5792 E. 2285 K.)

Öte yandan 5018 sayılı Kanunun muhtelif maddelerindeki sorumluluk hükümlerinden hareketle, Sayıştay yargısı açısından hangi görevlilerinin hangi tür işlemlerden sorumlu oldukları hususu “5018 sayılı Kanun Çerçevesinde Sorumlu Tutulacak Görevli ve Yetkililerin Belirlenmesi Hakkında Sayıştay Genel Kurul Kararı” ile tespit edilmiştir.

5018 sayılı Kanun ve söz konusu Genel Kurul Kararına göre sorumlu kabul edilen kamu görevlilerinin sebep oldukları zararlar Sayıştay tarafından belirlenmekte ve haklarında verilen ödetme kararları neticesinde kamu zararlarının tazmini sağlanmaktadır.

4. SONUÇ

Kamu alımlarının “ihale süreci” diye ifade edilen usul kurallarına tabi tutulmasının temel amacı iyi ve sorunsuz bir sözleşmenin kurulmasını temindir. Kurulan sözleşmeden beklenen faydanın sağlanabilmesi için ise, sağlıklı bir sözleşme yönetimine ihtiyaç vardır. Bu konudaki görev, yetki ve sorumluluk sözleşmenin uygulanması sürecine katılan idare elemanlarına aittir. Öte yandan, idare hak ve yararlarının yeteri kadar korunamadığı kötü bir sözleşme yönetimi çoğu kez kamunun maddi anlamda zarara uğramasına sebebiyet verir. Bu tür bir sonucun ortaya çıktığı her durumda işlem ve eylemin niteliği de dikkate alınarak başta sebep olanlara ödetme yaptırımı olmak üzere idari ve cezai yaptırımlar gündeme gelir. Bu tür olumsuzlukların yaşanmaması için idare adına sözleşme sürecine katılan kamu görevlilerinin ehliyetli ve uzman kişilerden seçilmesi, seçilen görevlilerin de görevlerini titizlikle yerine getirmelerinde zaruret vardır.

⁷ 19 Ekim 2006 tarihli ve 26324 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.