

ANAYASA MAHKEMESİNİN  
KAMU GÖREVLİLERİNİN  
KİŞİSEL SORUMLULUĞU  
KONUSUNDAKİ  
YAKLAŞIMININ MUHTEMEL  
SONUÇLARI\*

Yrd. Doç Dr. M. Ayhan TEKİNSOY\*\*

---

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

\*\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.



## Ö Z

*İdari Yargılama Usulü Kanununun 28/4. maddesi, idari yargı kararını kasten yerine getirmeyen kamu görevlisine karşı tazminat davası açılabileceğini öngörmektedir. Bu kuralın Anayasanın 129/5 maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu kuralı Anayasaya uygun bulmuştur. Anayasa Mahkemesine göre, yargı kararını uygulamama konusunda bir yetkisi olmayan kamu görevlisinin kararı uygulamaması durumunda kişisel sorumluluğunun kabul edilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı, yalnızca yargı kararlarının uygulanmaması durumuyla sınırlı kalmayacak biçimde genel olarak idarenin sorumluluğu algısı üzerinde sonuç doğuracaktır. Mahkemenin kararı idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemleri nedeniyle, idarenin hizmet kusuruna dayanan sorumluluğunu daraltan ve bunun yerine kamu görevlilerinin kişisel kusura dayanan şahsi sorumluluğunu kabul eden bir anlayışı yansıtmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Anayasa Mahkemesi, idari yargı kararlarının uygulanmaması, idari sorumluluk, hizmet kusuru, kişisel kusur*

## PROBABLE CONSEQUENCES OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S ATTITUDE TOWARDS THE PERSONAL LIABILITY OF PUBLIC SERVANTS

### ABSTRACT

*According to the article 28/4 of “Procedure of Administrative Justice Act”, a compensation action might be brought against the public servant who deliberately failed to fulfill the requirements of the administrative courts’ decisions. Although it is alleged that this rule is in contradiction with the article 129/5 of the Constitution, the Constitutional Court held that it is compatible with the Constitution’s relevant articles. The Court stated that, public servants do not have the power not to fulfill court decisions and therefore this non-fulfillment must be regarded as public servant’s personal fault. The Court’s attitude could not be limited to the case of non-fulfillment of court decisions and shall have its impact on the general perception of administrative liability. The Court’s decision reflects a vision that limits the scope of administrative liability based on service-connected fault for unlawful acts and actions, replacing it with the personal liability based on the personal fault of public servants.*

**Keywords:** *Constitutional Court, non-fulfillment of administrative courts’ decisions, administrative liability, service-connected fault, personal fault*

## I. GİRİŞ

İdari yargı yerlerince verilen ve “*genel hükümler dairesinde infaz ve icra*” olunamayan kararların gereklerinin ancak idare tarafından yerine getirilebilmesi, hukuka aykırılığı gerçekleştirenle bu aykırılığı gidermeye yönelik işlem tesis etme ya da eylemde bulunma görevi yüklenenin aynılığından kaynaklanan bir sorun doğurmakta ve yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmemesi idarenin yargısal denetiminin etkinliğini ortadan kaldıracak ve bunu anlamsız kılacak sonuçlara yol açmaktadır. Yargı kararlarının uygulanmamasından kaynaklanan sorumluluğun idareye ya da kamu görevlisine ait olması tartışmaları arasında yargı kararlarının uygulanmayabileceği, hukuk sistemi açısından giderek olağanlaşmakta ve sıradanlaşmaktadır. Bu çerçevede yargı kararının uygulanmaması bir veri kabul edilmekte ve buna ilişkin mevzuat düzenlemeleri ve yargı kararlarının uygulanmamasından kaynaklanan sorumluluğa ilişkin yargısal kararlarla getirilen çözümler de somut sorunun çözümünün ötesinde idarenin sorumluluğu anlayışını başkalaştırmaktadır. Bu nedenle yargı kararlarının uygulanmamasından kaynaklanan sorumlulukla ilgili çözümler, idari sorumluluk kuram ve yaklaşımları çerçevesinde değerlendirilmelidir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun “*Kararların sonuçları*” başlıklı 28. maddesi hem kararların yerine getirilmesi zorunluluğunu hem de bu zorunluluğa uyulmaması durumunda açılacak tazminat davalarına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu çerçevede temel kural, idari yargı kararlarının idare tarafından gecikmeksizin yerine getirilmesidir: “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir*” (m 28/1).<sup>[1]</sup> Bununla birlikte bazı kararların genel hükümler uyarınca infaz ve icra edilmesi mümkündür: “*Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekâlet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır. Birinci fıkrada*

[1] Bu hüküm, “*İdare, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 132 inci maddesi gereğince, Danıştay ilâmlarının icaplarına göre işlem veya eylem tesis etmeye mecburdur*” hükmünü içeren 24.12.1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanununun (Resmî Gazete 31.12.1964–11896) 95. maddesinin 2. fıkrası ile paralel olup, bundan farklı olarak kararların gecikmeksizin ve otuz günü geçmemek üzere uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır.

belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur” (m. 28/2)<sup>[2]</sup> <sup>[3]</sup>.

Yargı kararlarının uygulanmaması durumunda açılacak tazminat davalarına ilişkin genel kurala göre “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir*” (m. 28/3). Bu düzenleme 521 sayılı Danıştay Kanununun öngördüğü sistemin devamı niteliğindedir. Nitekim bu Kanunun 95/4. maddesine göre “*Danıştay ilâmlarını icaplarına göre, eylem veya işlem tesis etmeyen idare aleyhine, Danıştay’da maddi ve mânevi tazminat dâvası açılabilir.*” Ancak 2577 sayılı Kanun, önceki bu düzenlemeden farklı bir unsur olarak yargı kararlarını kasten uygulamayan kamu görevlileri açısından özel bir hüküm öngörmüştür. Buna göre, “*Mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir*” (m. 28/4).

İdari yargı kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle açılacak tazminat davalarında iki farklı durum tespit edilebilir: İlk durumda idari yargı kararının hukuki ya da fiili imkânsızlık nedeniyle uygulanmaması durumunda idarenin tazminat sorumluluğu söz konusu olabilecektir.<sup>[4]</sup> İkinci durum, kararların herhangi bir imkânsızlık hali olmamasına rağmen uygulanmamasıdır<sup>[5]</sup> ki bu

[2] Bu fıkranın değişiklikten önceki haline göre, “*Tam yargı davaları hakkındaki kararlardan belli bir miktarı içerenler genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.*” Uygulamada iptal davalarında talep doğrultusunda bazen işlemin iptaliyle birlikte bir kısım parasal hakların ödenmesine ilişkin hüküm tesis edildiği dikkate alındığında, bu tür iptal davası olarak açılan ancak iptal kararının olağan sonuçları dâhilinde yoksun kalınan parasal hakların da talep edildiği bir tür iptal davası – tam yargı davası karışımı davalarda verilen kararların, ödenecek miktarın hesaplanabilir olmakla birlikte kararın hüküm fıkrasında belirlenmemesi nedeniyle, bu kural kapsamında icra ve infaz edilemeyeceği söylenebilir. Düzenlemenin idari yargı dava pratiği dikkate alınarak yapılmasında yarar vardır.

[3] 521 sayılı Danıştay Kanununun 95/3. maddesine göre, “*Tam yargı dâvaları hakkında Danıştay’dan çıkan ilâmlar genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.*”

[4] “*Uygulamada olanaksızlık varsa ve bu nedenle yargı kararının gerekleri yerine getirilemiyorsa ya da eksik olarak yerine getirilebiliyorsa Danıştay Kanununun 95 inci maddesine göre idare tazminat verir. Uygulamama işlemi hukuka aykırı olmayınca ilgilinin iptal kararından elde edebileceği tek yarar bu tazminat olacaktır. (...) Önemle belirtmek gerekir ki, idarenin yargı kararlarının gereklerini yerine getirme görevinin tazminata dönüşmesi istisnaidir.*” Yıldırım ULER, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, AÜHF Yayınları No: 281, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 123-124. Danıştay 5. Dairesinin 15.12.1993 tarih ve E. 1992/5927, K. 1993/5798 sayılı kararında bu durum vurgulanmıştır: “*(...) kimi özel durumlarda bu kararların uygulanmasında fiili ve hukuki imkânsızlık olabilir. İşte böyle durumlarda idareye seçenek olarak tazminat ödeme yükümlülüğü yüklenmiştir.*” Aktaran Evren ALTAY, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 296.

[5] “*Danıştay, 95. madde hükmünü sadece fi ili veya hukuki imkânsızlıklar sebebiyle kararın uygulanmaması durumlarına hasretmemiş, kararın bilerek veya isteyerek yahut da ihmal*

durum 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin 4. fıkrasında “*kararın kasten uygulanmaması*” olarak tanımlanmış olup, ilgilinin idare aleyhine<sup>[6]</sup> ya da kararı kasten yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine tazminat davası açabileceği öngörülmüştür. Bu ihtimalde bir yandan gerçek bir zararın tazmini söz konusu olurken bir yandan da ULER’in “*zorlayıcı tazminat*” olarak adlandırdığı, yargı kararlarını uygulamaya zorlamak için idarenin tazminata mahkûm edilmesi<sup>[7]</sup> ya da yine ilgili kamu görevlisinin tazminat yoluyla zorlanması amaçlanmıştır.

İdari yargı kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere kararı kasten uygulamayan kamu görevlisine karşı tazminat davası açılabilmesinin öngörülmesi uygulamama sorununun sürekliliği ve etkileri dikkate alındığında anlaşılır olmakla birlikte, bu yöndeki düzenlemenin idarenin kamusal sorumluluk sistemi içindeki anlamı ve etkilerinin ilgili mevzuat çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu açıdan sorunun genel çerçevesi hizmet kusuru ile belirlenirken, buna eşlik eden kamu görevlilerinin kişisel kusurlarının hizmet kusuruna etkisi bağlamında değerlendirilmesi ve idarenin sorumluluğuna ilişkin mevzuat çerçevesinde sorgulanması gerekmektedir. Bu açıdan, yargı kararlarını uygulamayan kamu görevlilerinin durumuna ilişkin benimsenen çözümler, genel idari sorumluluk esasları karşısında bir istisna olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu istisna 2577 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun “*Kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dâva açarlar*” hükmünü içeren 13. maddesine rağmen yargı kararlarıyla yaratılmışken<sup>[8]</sup>, 2577 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle açık bir yasa hükmüne dayandırılmıştır. Ancak bir yandan 2577

*sebebiyle uygulanmamasında dahi idarenin doğacak zarardan sorumlu olabileceğini kabul etmiştir.*” Bahtiyar AKYILMAZ, “*Yargı Kararlarının yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1-2, Y. 2007, s. 452.

- [6] Danıştay, idari yargı kararlarının uygulanmamasını ağır hizmet kusuru sayılmaktadır. Bkz. Cemil KAYA, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştay’ın Yaklaşımı (İYUK Madde 28 Üzerine Bir İnceleme), Legal Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 75 vd.
- [7] ULER, a.g.e., s. 125. ULER’e göre, “*(...) tazminatın idareyi zorlama amacıyla kullanılması uygun değildir. Tazminatın zorlayıcı olması, doğmuş zararın üzerinde ya da zarar karşılanmış ya da doğmamış olduğu durumlarda da ödettilmesi demektir. Oysa, ilgiliye zararının üzerinde tazminat verilmesi tazminat kavramı ile bağdaşmaz.*” s. 126.
- [8] Böyle bir yolun benimsenmesinde dönemin uygulamalarının etkisi açıktır: “*(...) mahkeme kararlarını yerine getirmek durumunda olan bakanlar ve üst düzey bürokratlar kişisel ve siyasi saiklerle, üstelik devlet bütçesinden tazminat ödemeyi göze alarak yargı kararlarını uygulamamışlar; buna karşılık yargı mercileri de bu görevlilerin şahsen sorumlu olabilmeleri için bazen kanuni düzenlemeleri yok sayarak bazen de idare hukukundaki sorumluluk hukuku esaslarını zorlayarak tartışılan kararlar vermişlerdir. Zarar görenler ise çoğu zaman uğradıkları zararlarla ilgili olarak ödeme gücü yüksek idare aleyhine dava açmak yerine, zarar vermek kastıyla kamu görevlisi aleyhine dava açma yolunu tercih etmişlerdir.*” AKYILMAZ, a.g.m., s. 450-451.

sayılı Kanunun 28/4. maddesinde kararı kasten uygulamayan kamu görevlisi aleyhine tazminat davası açılabileceği öngörülmüşken, bu Kanundan sonraki tarihli 1982 Anayasasının 129. maddesinin 5. fıkrasında yer alan “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir” kuralı ve 40. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir” kuralı, kamu görevlisinin yargı kararlarını uygulamamaktan kaynaklanan tazminat sorumluluğunun istisnai konumunu devam ettirmiştir. Bu kapsamdaki anayasaya aykırılık sorunu, 2577 sayılı Kanunun, Milli Güvenlik Konseyi dönemi kanunu olması nedeniyle Anayasanın geçici 15. maddesi korumasından yararlandığı dönemde anayasaya uygunluk denetiminin yapılamaması sonucu Anayasa Mahkemesi’ne taşınmadan tartışılmıştır. Anayasanın geçici 15. maddesi 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun<sup>[9]</sup> 24. maddesiyle yürürlükten kaldırılınca sorun itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne taşınabilmiş ve Anayasa Mahkemesi 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin 4. fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi’nin 27.09.2012 tarih ve E. 2012/22, K. 2012/133 sayılı kararında<sup>[10]</sup> varılan sonuç ve bu sonucun gerekçesi, idarenin ve kamu görevlilerinin sorumluluğuna ilişkin benimsenen çözüm çerçevesinde değerlendirilmelidir. Böylece yargı kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle kamu görevlilerinin şahsi sorumluluğu yoluna gidilmesinin, idarenin sorumluluğunun istisnası mı olduğu yoksa kuralın özel bir alana ilişkin ifadesi mi olduğu saptanabilecektir.

---

## II. İDARENİN SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA KAMU GÖREVLİLERİNİN KİŞİSEL SORUMLULUĞU VE YARGI KARARLARININ YERİNE GETİRİLMEMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK

---

Klasik idare hukuku yaklaşımında, idarenin kusura dayanan sorumluluğu yürüt-tüğü hizmetin kuruluş ya da işleyişindeki bozukluk ya da aksaklığı ifade eden hizmet kusuru kavramı çerçevesinde değerlendirilmekte olup hizmet kusuru, kamu görevlilerinin kusurlu olup olmasına bakılmaksızın hizmetin kuruluş, düzenleniş ve işleyişinde bir bozukluk veya aksaklık olması durumunda idarenin sorumluluğuna yol açan, idare hukukuna özgü nesnel ve anonim nitelikli bir

[9] Resmi Gazete 13.05.2010 – 27580.

[10] Resmi Gazete 11.12.2012 – 28494.



kusurdur.<sup>[11]</sup> SARICA, hizmet kusurunu “*bir amme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personelinde yahut işleyişinde (...) bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık*” olarak tarif etmekte<sup>[12]</sup> ve bu kusuru “*gayri şahsi, mücerret, objektif ve anonim*” bir kusur olduğunu vurgulamaktadır.<sup>[13]</sup> Bu yaklaşımda kusurun kişiselleştirilebilmesi durumu dikkate alınmamaktadır. Ancak yine idare hukuku öğretisi ve yargı kararlarında da ifade edildiği gibi, idare tüzelkişiliğine atfedilen bu kusur açıktır ki ancak somut kamu görevlilerinin işlem ve eylemleriyle ortaya çıkar. “*İdare hep tüzelkişilerden oluştuğuna göre, hizmet kusuru olarak adlandırılan kusur, kişiselleştirilebilir ya da kişiselleştirilemez, aslında kamu görevlilerinin (=idare ajanlarının) kusurlarıdır*”.<sup>[14]</sup> <sup>[15]</sup> Hizmet kusurunun soyut bir varlık olan idarenin değil kamu görevlilerinin işlediği kusurlar olduğuna değinen GÖZLER, hizmet kusurunu “*kamu görevlilerinin görevlerinden ayıramaz nitelikte olan kusurları*” olarak tanımlamanın daha doğru olacağını düşünmekte ve Türk doktrin ve içtihatlarında hizmet kusuruna bazen “*görev kusuru*” da dendiğini belirtmektedir.<sup>[16]</sup>

Hizmet kusurunun, kişiselleştirilsin ya da kişiselleştirilemesin aslında somut kamu görevlilerinin kusuru olduğuna ilişkin bu basit ve yalın tespit sorumluluk konusunda farklı yönelimlerin de kaynağını oluşturmaktadır. İdare ile “*idare adına hareket eden*” ayrıştırıldıktan sonra sorun “*hizmet kusuru*”, “*görev kusuru*”, “*kişisel kusur*”, “*hizmet içi kişisel kusur*”, “*hizmetten ayrılabilen kişisel kusur*”, “*salt kişisel kusur*” gibi kusur tanımlamaları ve bu kusur tanımlamalarına –hatta türlerine- göre sorumluluğun sahibi öznenin (idare / kamu görevlisi) belirlenmesi çerçevesinde tartışılmaktadır. Sorun temel olarak hizmet kusuru

[11] Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 369.

[12] Rağıp SARICA, Hizmet Kusuru ve Karakterleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XV, S. 4, 1949, s. 858.

[13] SARICA, a.g.m., 860 vd.

[14] GÜNDAY, a.g.e., s. 369.

[15] GÖZLER, geleneksel Fransız ve Türk doktrininde hizmet kusurunun, “*kamu görevlilerinin kusurlarından tamamıyla bağımsız bir kusur olarak*” düşünüldüğünü ve hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi durumlarının hizmet kusuru kabul edildiğini belirterek, “*hizmet kusuru*” terimini de eleştirmektedir: “*(...) ‘hizmet kusuru’ndan kastedilen şey, ‘kamu hizmetinin ifasında işlenen kusur’dan başka bir şey değildir. Yani ‘hizmet kusuru’, ‘kamu hizmetinin ifasında işlenen kusur’ ifadesinin kısaltılmışıdır. ‘Hizmet kusuru’ kavramını başka bir anlamda kullanmamak gerekir. Çünkü ‘kusur’ denen şey, ‘hizmet’ tarafından değil, bu hizmette kullanılan kişiler tarafından işlenebilir. Bu nedenle ‘hizmet kusuru’ diye bir şey olamaz. Hizmetin ifasında kamu görevlilerinin işlediği kusurlar vardır. Bu kamu görevlilerinin belirli olup olmaması önemli değildir*” Kemal GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt II, İkinci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa Ekim 2009, s. 1059. İdari kusur (hizmet kusuru) konusundaki klasik yaklaşım için bkz. Lütfi DURAN, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, TODAİE Yayınları, Ankara 1974, s. 28 vd.

[16] GÖZLER, a.g.e., s. 1132.

ve kişisel kusur ayrımı ve kişisel kusurun hizmet kusuruna etkisi çerçevesinde şekillenmektedir. Yargı kararlarının ve mevzuatın değerlendirilmesi, süzülmesi ve kavramsallaştırılmasıyla oluşturulan bu ayrımlar bir kez yapıldıktan sonra bu kez yargı kararlarını ve yasakoyucunun faaliyetini ve bu faaliyetin sonucu mevzuatı da belirlemektedir. Nitekim aşağıda değinileceği üzere, DURAN'ın yaklaşımı, yargı kararlarında geniş ölçüde kabul görmüş ve kullanılmıştır. Bu nedenle tanım yapmak çoğu zaman tarafsız ve nesnel bir faaliyet olmayıp konunun özüne ilişkin yaklaşımı ortaya koyar.

Sorumluluk konusunda açık düzenleme içeren Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin, hem kronolojik olarak Anayasa'dan önce olması hem de öğretide (ve sonra yargı kararlarında) yapılan tanımların ve yaklaşımların kaynağını oluşturan bir düzenleme olması nedeniyle öncelikle incelenmesi gerekir. Böyle bir düzenleme yapıncaya kadar mevzuatta genel olarak kamu görevlilerine açılacak davalara ilişkin açık bir kural yer almamıştır ve sorun öğreti ve yargı kararlarında tartışılmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun “*Kişilerin uğradıkları zararlar*” başlıklı 13. maddesinin 3657 sayılı Kanunla değişik 1. fıkrasına göre,

*“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 kâğıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.”*

Bu düzenlemenin ilk hali,

*“Kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dâva açarlar. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.”*

biçiminde<sup>[17]</sup> olup 3657 sayılı Kanunla eklenen cümle, düzenlemenin mantığına aykırı bir yenilik getirmemiştir.

Devlet Memurları Kanununun yasalaşması sürecinde 13. maddenin rücu ile ilgili düzenlemesi tartışma konusu yapılmıştır. Düzenlemenin mantığının ortaya konulması açısından rücu ile ilgili tartışmaların da dikkate alınması gerekir. Hükümetin tasarısında yer alan “*Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır*” cümlesi, Millet Meclisi'nde Komisyon tarafından

[17] Resmî Gazete, 23.07.1965 – 12056.

kabul edilen metinde “*Kurum, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu eder*” biçiminde değiştirilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesi şöyledir: “*Komisyonumuz tasarıda 13 ncü maddeye daha sarıh ve kesin bir hüviyet vererek ve idarenin sorumlu personele rücuunu genel hükümlere göre zorunlu bir şekle sokarak tadilen kabul etmiştir.*”<sup>[18]</sup> Cumhuriyet Senatosundaki görüşmeler sırasında hüküm yeniden değiştirilerek Hükümet tasarısındaki biçime dönülmüş ve madde bu şekliyle kabul edilmiştir.<sup>[19]</sup> Rücu konusunda ilgili idareye takdir yetkisi tanınarak her durumda rücu zorunluluğunun öngörülmemesi, aslen idareye bu konuda bir seçim imkânı tanınmasından çok, düzenlemenin kapsamına aldığı zararın ortaya çıkış biçimine / failine ilişkin geniş kapsamından kaynaklanmaktadır.

Bu maddenin lafzının açıklığının yanısıra, lafızla çelişmeyen madde gerekçesi de yasakoyucunun konuya ilişkin sorunların ve yorumların farkında olarak böyle bir düzenleme yapma yoluna gittiğini açıkça göstermektedir. Gerekçeye göre:

“Madde 13 — Bu madde, kamu hukukuna tabi görevler bakımından idare edilenlere verilecek zararlar konusundaki sorumluluğu düzenlemekte ve bu bakımdan «idare ile memur» arasındaki sorumluluk münasebetlerini düzenliyen 11 nci maddeden farklı bir nitelik taşımaktadır. Buradaki esas, yalnız memurların görevleri dolayısıyla değil, kamu hukukuna tabi bütün görevler dolayısıyla mevcudolduğu için, bu maddede «Devlet memuru» deyimini yerine «personel» deyimini kullanılmıştır. Hususi hukuka tabi hizmetlerde çalışan personel bakımından, tabii, hususi hukuk esasları uygulanacaktır.

Maddedeki teminat iki açıdan incelenmelidir. Her şeyden önce, idare edilenler lehine bir teminat mevcuttur. İdare edilenler, kamu hukukuna tabi görevler dolayısıyla kendilerine verilmiş olan zararlarda, doğrudan doğruya görev sahibi kurum aleyhine dâva açabilecekler ve böylece asıl ödeme kabiliyeti olan bir dâvalı bulmuş olacaklardır. Aksi takdirde, özellikle büyük zararlar bakımından, dâvayı kazansalar bile, ödeme kabiliyeti olmayan bir memurla karşı karşıya kalmaları mümkündür. Halbuki maddedeki şekliyle, her zaman için karşılarında ödeme kabiliyetine sahip bir kurum bulabileceklerdir.

[18] Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt 42, Dönem: 1 Toplantı: 4 Millet Meclisi S. Sayısı: 977, s. 79. ([http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM\\_/d01/c042/mm\\_01042129ss0977.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c042/mm_01042129ss0977.pdf))

[19] Komisyon görüşüne göre, “*Tasarının 13 ncü maddesinde Cumhuriyet Senatosu tarafından kurumun genel hükümlerine göre sorumlu personele rücuunu mecburi mahiyetten çıkararak takdiri hale getirir şeklindeki (Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır) tarzındaki değişikliğini Komisyonumuz uygun bularak katılmaktadır.*” “*Dönem: 1 Toplantı: 4 Millet Meclisi S. Sayısı: 977 ye 1 nci ek*” ([http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM\\_/d01/c043/mm\\_01043145ss0977ek01.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c043/mm_01043145ss0977ek01.pdf))

İkinci teminat, memur, daha doğrusu «Kamu hukukuna tabi hizmetlerle görevli personel» bakımındandır. Bu gibi personel, görevlerini yerine getirirken, daimî bir tazminat tehdidi altında kalmıyacaklar ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin çok ağır görülmesi gibi bir sakınca ile karşılaşılmıyacaktır. Ancak, daimî olarak ve ilk elden dâva tehdidi altında bulunmamak, memurların tamamiyle sorumsuz hareket edebilecekleri şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu madde ile, memur, mütemadiyen mahkemelerde kendi aleyhine açılmış dâvalarla uğraşmaktan korunmuştur ama, görevleri dolayısıyla idareye vermiş olduğu zararlardan ötürü idareye karşı olan sorumluluğu devam etmektedir. Zira, 11 nci maddedeki «Zarar», memurun gerek doğrudan doğruya idareye vereceği zararları, gerekse başkalarına zarar ıka etmek ve idareyi bu zararı tazmin mecburiyetinde bırakmak suretiyle sebebolacağı zararları kapsamaktadır. Bu son durumda, 12 nci<sup>[20]</sup> maddenin son fıkrası hükmüne göre, idarenin haksız fiil sonucundaki genel hükümler çerçevesinde sorumlu personele rücu hakkı saklı kalmaktadır. Burada kişisel sorumluluğun hangi hallerde mümkün olabileceği, daha doğrusu kusurun derecesi meselesi ele alınmamıştır. Ancak, Fransız idare hukukundaki «Şahsi kusur» kıstasının sadece «Ağır kusur» dan ötürü sorumluluğu kapsadığını, şimdiki Alman Devlet Memurları Kanununun da «Ağır kusur» esasını benimsediğini belirtmek gerekir. Türkiye'deki içtihatların da bu yolda gelişmesi temenniye şayandır.

12<sup>[21]</sup> nci madde, sistem bakımından, Anglosakson memleketlerinde, İtalya'da ve şimdiye kadar bizde uygulanmakta olan «İdare ile memurun birlikte sorumluluğu» esasından ayrılmakta ve «Teminat sistemi» denilen sisteme gitmektedir. Bilindiği gibi, bugün, idare edilenlere karşı ıka edilen zararlardan dolayı, hem idarenin sorumluluğu, hem de, haksız fiil esasları çerçevesinde, memurun sorumluluğu bahis konusudur. Bunun memur aleyhine çeşitli sakıncalar yarattığı sık sık iddia edilmiştir. Üstelik, Türkiye'de Fransa'da mevcudolan bir koruma yolunun bulunmaması, memuru daha da güç mevkide bırakmaktadır. Adli mercilerde memur aleyhine tazminat dâvası açılan hallerde, Fransa'da olduğu gibi, idarenin Uyuşmazlık Mahkemesi nezdinde itirazda bulunabilmesi ve memurun bu yolla korunabilmesi zaman zaman istenmiştir. Madde, bu konudaki tenkidlere köklü bir çözüm getirmektedir.

[20] 12. maddeye göre «Devlet memurları görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek zorundadırlar. Görevleriyle ilgili olarak idareye verdikleri zararlardan ötürü Borçlar Kanununun haksız fiil esaslarına tabidirler.»

[21] «13» olması gerekir.

Hem memur, hem de idare edilenler lehine teminat getiren bu hüküm, esas itibariyle, Alman sisteminden ilham almaktadır. Birinci Dünya Savaşından sonraki Cumhuriyet devrinden beri Almanya'da bir Anayasa müessesesi haline gelmiş olan bu teminat, en son Bonn Anayasasınının 34 ncü maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir: «Bir kimse kendisine verilen kamu görevinden ötürü üçüncü şahıslara karşı uhdesine düşen ödevi ihmal ederse, esas itibariyle sorumluluk, hizmetinde bulunduğu kamu kurumuna aittir. Kasıt veya ağır kusur halinde rücu saklıdır» «1957 tarihli Federal Almanya Memurun Kanununda ise, bu esas şu şekli almaktadır.»

«Madde 78. — Bir memur kendi ihmali ile veya kasden memuriyet vazifesini ihmal ettiği takdirde, hizmetinde bulunduğu işverenin bundan mütevellit zararlarını tazmin etmekle mükelleftir...»

«İşveren Anayasanın 34 ncü maddesinin 1 nci fıkrasına göre bir üçüncü şahıs için tazminat ödemişse, işverenin memura rücu hakkı ancak kasdı veya ağır kusuru bulunduğu takdirde mevcuttur.»

Madde, doktrindeki ve tatbikattaki önemi Fransa'da bile gitgide azalmakta olan «Hizmet kusuru», «Şahsi kusur» tartışmalarına girişmeden, idare edilenlerin uğradıkları zararları karşılamak bakımından daha elverişli ve basit olan bu esası kabul etmiştir.<sup>[22]</sup>

Devlet Memurları Kanununun bu düzenlemesiyle sorunun oldukça yalın bir biçimde çözüldüğü söylenebilir. Bu maddeyle hem kamu görevlileri hem de “*idare edilenler*” açısından teminat öngörülmektedir. İdare edilenler “*kamu hukukuna tabi görevler dolayısıyla kendilerine verilmiş olan zararlarda, doğrudan doğruya görev sahibi kurum aleyhine dâva açabilecekler ve böylece asıl ödeme kabiliyeti olan bir dâvalı bulmuş olacaklardır.*” Kamu görevlileri ise “*görevlerini yerine getirirken, daimî bir tazminat tehdidi altında kalmıyacaklar ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin çok ağır görülmesi gibi bir sakıncayla karşılaşılmıyacaktır. Ancak, daimî olarak ve ilk elden dâva tehdidi altında bulunmamak, memurların tamamıyla sorumsuz hareket edebilecekleri şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu madde ile, memur, mütemediyen mahkemelerde kendi aleyhine açılmış dâvalarla uğraşmaktan korunmuştur ama, görevleri dolayısıyla idareye vermiş olduğu zararlardan ötürü idareye karşı olan sorumluluğu devam etmektedir.*”

Böyle bir teminat sistemi getirirken yasakoyucu, o dönemde “*idare edilenlere karşı ika edilen zararlardan dolayı, hem idarenin sorumluluğu, hem de, haksız fiil esasları çerçevesinde, memurun sorumluluğu(nun) bahis konusu*” olduğunun

[22] Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt 42, Dönem: 1 Toplantı: 4 Millet Meclisi S. Sayısı: 977, s. 10-11. [http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM\\_/d01/c042/mm\\_\\_01042129ss0977.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c042/mm__01042129ss0977.pdf)

farkındadır ve sorunun “*hizmet kusuru*”, “*şahsi kusur*” tartışmalarına girmeden çözümlenmesi için bu teminat sistemini benimsemiştir. Ayrıca rücu açısından da kişisel kusuru tespit edilen kamu görevlilerine ancak ağır kusurlarının varlığı halinde rücu edilmesi, madde metninde yer verilmemekle birlikte, tercih edilmekte ve “*ıçtihatların da bu yolda gelişmesi temenniye şayan*” görülmektedir.

Yasakoyucunun hem maddenin lafızıyla hem de gerekçesiyle tereddüde yer vermeyecek biçimde ortaya koyduğu bu sorumluluk yaklaşımı, lafız ve gerekçedeki açıklığa rağmen önemli tartışmalara konu olmuştur.<sup>[23]</sup>

Burada, hem bu maddenin yorumu hem de “*görev kusuru*” ve “*salt kişisel kusur*” kavramsallaştırması ve değerlendirmeleri yargı kararlarını önemli ölçüde etkileyen DURAN’ın görüşlerine değinilecektir. Hizmet kusurunun “*görünüşte anonim nitelikte olmasına rağmen, gerçekte bir veya birkaç personelin ‘görev kusur’larından oluş(tuğunu)*” belirten<sup>[24]</sup> DURAN’a göre, “*(p)ersonelin ‘görev kusuru’, geniş anlamda ‘kişisel kusur’ sayılabilirse de; aslında ‘hizmet kusuru’ niteliği taşıyan mesleki ve ödevsel bir kusurudur. (...) ‘görev kusuru’, personelin hizmetten ayırlamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmaktadır.*”<sup>[25]</sup> OZANSOY’un tanımına göre, “*Görev kusuru; somut olarak kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından kaynaklanan bir davranışı içerse de, aslında idarenin ‘kendi davranışı’ sayılması gereken ve dolayısıyla idarenin ‘kendi sorumluluğunu’ doğurana, hukuka ve göreve aykırılığı, ‘göreve ve idareye’ ilişkin sayılmasını engellemeyen kusurun, somut personelde kişiselleşen görünüm biçimidir.*”<sup>[26]</sup>

DURAN, kişisel kusurun görev kusuru oluşturduğu durumu saptadıktan sonra, bu “*görevsel kusur*” dışında kalan “*personelin ‘görevlerin yerine getirilmesi’ niteliğinde olmayan, yani hizmetten ayrılabilen tutum ve davranışları*” nı “*açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen eylem ve kusurları*” nı “*salt kişisel kusur*” olarak tanımlamakta<sup>[27]</sup> ve “*(...) kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık ve kesin olarak belirtilen görev ve yetki konusunu ve*

[23] Bu tartışmaların sistemli bir değerlendirmesi ve eleştirisi için bkz. Cüneyt OZANSOY, Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1989, s. 224 vd.

[24] Lutfi DURAN, “*Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu*”, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balt’a’ya Armağan, AÜSBF ve TODAİE Yayını, Ankara 1974, s. 109.

[25] DURAN, a.g.m., s. 110. OZANSOY, görev kusuru kavramının “*Türk hukukunda özellikle Prof. DURAN tarafından kullanılmış ve geliştirilmiş*” olduğunu belirtmektedir OZANSOY, a.g.t., s. 281.

[26] OZANSOY, a.g.t., s. 285. OZANSOY, DURAN’ın tanım yaparken dışlamayı hedeflediği kamu görevlilerinin birtakım kusurlu davranışlarını da içerecek biçimde bu tanıma geliştirdiği belirtilmelidir.

[27] DURAN, a.g.m., s. 105.

*sınırlarını aşar ya da İdarenin işlev alanı dışına çıkarsa, şahsi fiil ve kusur işlemiş ve kişisel mesuliyetine yol açmış olur.”<sup>[28]</sup>*

DURAN’ın görüşlerinin yargıda benimsenmesi ve devamı niteliğinde olmak üzere, bu süreçte 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 24. maddesiyle<sup>[29]</sup> getirilen düzenlemeye ve buna ilişkin Anayasa Mahkemesi kararına değinilmesi gerekir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin 3. Dairesinin görevini düzenleyen bu maddenin (b) bendinde

*“Askerî hizmetin ifası dolayısıyla askerî görevin kural ve gereklerine uyulmadığı iddia edilerek üçüncü şahıslar tarafından asker kişileri aleyhine şahsi kusur isnadı ile açılacak tam yargı davalarına”*

bu Dairede bakılacağı öngörülerek bir idari yargı yerinin gerçek kişilere karşı açılan davaları da görebileceği öngörülmüştür.<sup>[30]</sup>

Anayasa Mahkemesinin bu hükmün Anayasaya uygunluğunu değerlendirdiği kararı<sup>[31]</sup>, aynı zamanda Devlet Memurları Kanununun 13. maddesine ilişkin yorumunu da içermesi itibarıyla önemlidir. Sorun Anayasa Mahkemesinin önüne Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tarafından itiraz yoluyla getirilmiştir.<sup>[32]</sup>

[28] DURAN, a.g.m., s. 106. DURAN’ın bu ayrımları Devlet memurları Kanununun 13. maddesini yorumlarken yaptığı ve böylece bu düzenlemenin personelin her türlü kusurunu kapsayamayacağı sonucuna vardığını belirtmek gerekir ki DURAN’ın bu yorumu öğreti ve özellikle Yargıtay üzerinde çok etkili olmuştur. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, 25.03.1975 tarih ve E. 1974/42, K. 1975/62 sayılı kararında DURAN’ın ifadelerini küçük bazı değişikliklerle ancak büyük ölçüde aynen kullanmıştır.

[29] Resmi Gazete 20.07.1972 – 14251.

[30] Maddenin gerekçesine göre, “(...) şahsi kusur ve iddiasına müstenit olsa dahi asker kişileri aleyhine açılacak tazminat dâvalarının askerî hizmetle yakın (ilişkisi nedeniyle A. Y. İ. M. de görülmesi esası benimsenmiştir. Burada görevin tayininde dâvalının kişiliği ve askerî hizmetlerden mütevellit oluşu kriter olarak alınmıştır.” Millet meclisi Dönem: 3 Toplantı: 3 S. Sayısı: 666, s. 8. Bu düzenleme “Genel olarak kamu görevlilerinin mali sorumlulukları ve özel olarak, yargı kararlarına uymayan ve onları uygulamayan kişilerin sorumlulukları konusunda bence en uygun çözüm, Danıştayımızın bulduğu, sorumluluk payının idari yargıda saptanması çözümüdür” görüşünü savunan ULER’ın yaklaşımının bir türevi olarak değerlendirilebilir. ULER, a.g.e., s. 133.

[31] Anayasa Mahkemesi, E. 1974/42, K. 1975/62, K. t. 25.03.1975. Resmi Gazete 03.06.1975 – 15254.

[32] Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin temyiz incelemesine konu olayda bir emekli hava korgenerali, kadrosuzluk nedeniyle orgeneralliğe yükseltilmeyerek emekliye ayrılması üzerine korgenerallik rütbesinde üç yıllık süreyi doldurduğu, liyakati bulunup engeli olmadığı halde terfi ettirilmemesi işleminin iptali için açtığı davada Danıştay’ın iptal kararı vermesi ve bu iptal kararının uygulanmaması nedeniyle Başbakan, Genelkurmay Başkanı ve Milli Savunma Bakanlarına karşı Ankara Asliye Altıncı Hukuk Mahkemesinde tazminat davası açmıştır. Davada yargı kararının yerine getirilmemesindeki kişisel kusurları nedeniyle Borçlar Kanununun 49. maddesiyle 521 sayılı Kanunun 95. maddesine göre davalılardan manevî tazminat alınması istenmiştir. Mahkeme davayı, sonradan yürürlüğe giren 1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun hükümlerine göre görev yönünden



Daire'nin anayasaya aykırılık gerekçesinde şahsi kusur nedeniyle adli yargıda dava açılması gerekliliği vurgulanmaktadır. Başvuru gerekçesine göre,

“(Anayasanın) 140. madde(sine) eklenen fıkra ile kurulan Askerî Yüksek İdare Mahkemesine yeni bir görev verilmiş olmayıp Danıştay’ın görevlerinin bir bölümü aktarılmıştır. Bu da askerî idarenin eylem ve işlemlerinin denetlenmesidir. Söz konusu (b) bendi 140. maddeye eklenen fıkra ile sınırlanan alanı aşması itibarıyla 140. maddenin açık buyruğuna, amacına aykırıdır.

İdare hukuku alanında tam yargı davası öteki koşullardan başka idareye karşı eylem ve işleminden doğan zararın giderilmesi amacıyla açılır. Özel hukuk gerçek kişilere karşı tam yargı davası açılması öğretide benimsenen hukuk ilkelerine aykırıdır.

Kişisel kusur ile işlenen haksız eylemlerden doğan ve kişilere yönelen tazminat davaları yine öğretide benimsenen ve pek eskiden beri yerleşmiş görüşlere göre genel mahkemelerde incelenir.

Bütün ayrıntılarıyla aynı biçimde işlenmiş bir haksız eylemden ötürü Yasa kurallarının halele uğratılması durumunda haksız eylemi işleyen hiç bir sıfatı yoksa eylemin incelenmesi Adalet yargı yerinde eylem sivil bir idare kademesinde görevli kişi tarafından işlenmiş ise yine kişisel kusuru nedeniyle Adalet yargı yerinde incelenecek fakat asker veya asker sayılan kişi tarafından kişisel kusurla işlenirse bu takdirde Askerî Yüksek İdare Mahkemesinde incelenecektir ki, bu da farklı olmayan eylemleri işleyenlere karşı hak arama hakkı ve özgürlüğü açısından eşitsizlik doğuracaktır. Bu farklı işlemin bir imtiyaz olup olmayacağı tartışılabilirse de salt biçimde eşitsizlik doğurduğu bunun da Anayasa’ya aykırı düştüğü kuşkusuzdur.”

Anayasa Mahkemesi, anayasaya aykırılığını denetlediği kuralın “*anlam ve kapsamını saptamak için o yasanın diğer hükümlerini veya başka yasaların öngördüğü öteki hükümleri inceleme yetkisinin varlığından da kuşku edileme(yeceğini)*” vurgulayarak konuya girmeden önce 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 12. ve 13. maddelerini ele alarak incelemiştir. Asker kişilerin 13. madde kapsamındaki personelden olmadığını saptayan Anayasa Mahkemesi, 13. maddeyi nasıl anladığını da bu kuralın “*personelin kişisel kusuru ile üçüncü kişilere verdiği zararlar nedeniyle şahıslarına karşı dava açma olanağını ortadan kaldırmış*” olup olmadığını tartışarak ortaya koymaktadır. Anayasa Mahkemesi, kararında

---

reddetmiş, davacı hükmü temyiz etmiş, anılan yasa hükmünün Anayasa’ya aykırı olduğunu temyiz aşamasında öne sürmüştür.



DURAN'ın görüş ve değerlendirmelerinden büyük ölçüde yararlanmışır.<sup>[33]</sup>  
Buna göre:

“Anayasanın değişik 114. maddesinin son fıkrasında ‘İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.’ ilkesi yer almış, 125. maddesinde de ‘kamu hizmetlerinde her hangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse’nin, yönetmelik, tüzük, Kanun veya Anayasaya aykırı emirleri yerine getirmeyerek bu aykırılığı emri verene bildireceği, ‘üst’ün emirde ısrar ile bu emri yazı ile yenilemesi halinde emrin yerine getirileceği, bu takdirde emri yerine getirenin sorumlu olmayacağı; konusu suç teşkil eden emrin hiç bir surette yerine getirilemeyeceği ve emri yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı açıkça kurala bağlanmış, böylece ‘kamu hizmetlerinde her hangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse’ kanuna ve hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden şahsen sorumlu tutulmuştur.”<sup>[34]</sup>

Personelin kişisel eylem ve davranışlarını, Anayasanın 114. maddesinin son fıkrasında belirtilen idarî eylem ve işlem saymağa olanak yoktur. Bundan dolayı personelin kişisel kusurları ile kişilere verdiği zarardan kendilerinin sorumlu olmaları ve tazminat borçlarını doğrudan doğruya ödemeleri Anayasa gereğidir. Bunun tersini düşünmek başka bir deyişle bu gibi hallerde zararı idareye ödettirmek ve idareye rücu hakkı tanımak Anayasa'nın 125. maddesiyle güdülen ereğe aykırı düşer. Nitekim, gerek öğretilerde ve gerekse yargısal kararlarda Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi bu anlamda anlaşılmalı ve uygulanmalıdır.

**Özetlemek gerekirse, Anayasa hükümleri ve idare hukuku sistemi kamu görevlilerinin sorumluluğunu idareninkinden ayrı ve bağımsız olarak düzenlemiş bulunduğundan, 657 sayılı kanunun 13. maddesi, personelin kişisel eylem ve kusurlarıyla verdikleri zararlardan dolayı kişiler tarafından aleyhlerine Adliye Mahkemelerinde açılacak tazminat davalarını önliyen ve kaldıran bir hüküm niteliğinde anlaşılmalıdır.”**<sup>[35]</sup>

[33] Karar alıntılarındaki altı çizili yerler, DURAN'ın makalesinden alınmıştır.

[34] Kamu görevlisinin sorumluluğunu kanunsuz emir ile ilgili anayasa düzenlemesine dayandırmak SARICA'dan mülhemdir: “(...) *Anayasamızın 94 üncü maddesine göre ‘kanuna muhalif olan umurda amire itaat memuru mesuliyetten kurtarmaz’. İşte, zannımızca, bu maddede Anayasamızın, memurların şahsi kusurlarından dolayı şahsi mesuliyetleri esasını, zımnen ve dolayısıyla, kabul ettiğini göstermektedir. Gerçi, bildiğimize göre, Türk doktrininde memurların şahsi kusurlarından dolayı şahsi mesuliyetleri esasını bu maddeye istinat ettirmek yolunda bir iddia, bugüne kadar ileri sürülmüş değildir.*” Ragıp SARICA, “*İdare Ajan ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsan Mesul Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XV, S. 1, 1949, s. 35-36. Bu görüşe 1961 Anayasası düzenlemesini anarak DURAN da katılmaktadır, DURAN, a.g.m., s. 96-97.

[35] DURAN, a.g.m., s. 102.

Anayasa Mahkemesi, kişisel kusuru da hizmetle ilişkilendirerek algılamakta ve ancak hizmet içindeki birtakım kusurların teknik olarak kişisel kusur sayılabileceğini vurgulamaktadır:

**“Kamu görevlilerinin kişisel kusurundan sözedilebilmesi, kişisel Kusuru doğuran eylemin resmî çalışma ve görevin yerine getirilmesi maksadıyla görev sırasında veya görev dolayısıyla yapılmış olmasına bağlıdır. Şu yönü açıklamak gerekir ki, uzaktan veya yakından, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kamu faaliyet ve hizmetleriyle ilişkisi olmayan eylem ve işlemler, o personelin bireysel hareket ve tasarruflarından ibaret olur ki, her vatandaş gibi bunların sonuçlarından da kendilerinin sorumlu tutulması doğaldır. Bundan dolayı bu tür eylemler kişisel kusur kategorisinde yer almazlar. O halde kamu görevlisinin kişisel eylem ve kusuru da hizmet ve görevle ilgili ve ilişkili olarak ortaya çıkar. Nitekim itiraz konusu Kanun kuralının da ‘Askeri hizmetin ifası dolayısıyla askeri görevin kural ve gereklerine uyulmadığı’ sözleriyle ‘şahsi kusur’u bu anlamda aradığı açıkça belirmiş bulunmaktadır.”**<sup>[36]</sup>

Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı, kişisel kusuru tamamen görev bağlamına oturtmakta ve böylece kamu görevlilerinin yetki kullanırken ortaya çıkan her türlü hukuka aykırı işlem ve eylemleri ancak ve yalnız “*kişisel kusur*” oluşturmakta, kamu görevlileri bu kişisel kusurdan şahsen sorumlu olmaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi,

**“Kamu görevlilerinin, açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hatalarının kötü niyet ve maksatla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlanmak için bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemlerle bağışlanamıyacak ölçüde ağır kusur teşkil eden açık şekilde hukuka aykırı fiil ve muamelelerden ibaret olduğu Yargıtay ve Danıştay içtihat ve uygulamalarında kabul edilmektedir. Bu uygulamaya göre kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını ve sınırlarını aşar yahut idarenin işlev alanı dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır.”**<sup>[37]</sup>

görüşiyle, bazı tür hukuka aykırı işlem ve eylemleri de ayrıca belirtmektedir. Ancak “*kişisel kusur*”un Anayasa Mahkemesi tarafından yukarıdaki gibi algılanması durumunda Mahkemenin değinme ihtiyacı duyduğu ikinci kategorinin sorumluluk açısından herhangi bir farkı da kalmamaktadır. Kaldı ki Anayasa

[36] DURAN, a.g.m., s. 103.

[37] DURAN, a.g.m., s. 106.

Mahkemesinin “(p)ersonelin kişisel eylem ve davranışlarını, Anayasanın 114. maddesinin son fıkrasında belirtilen idari eylem ve işlem saymağa olanak yoktur” ifadesi, idari işlem ve eylem anlayışını da ortadan kaldıracak derecede şiddetlidir. Gerçi Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasasının 114. maddesinin son fıkrasında yer alan ve idarenin sorumluluğunu öngören “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” kuralı bağlamında kişisel kusur oluşturan işlem ve eylemlerin idareye bağlanamayacağını kabul etmektedir ancak “kişisel kusur”u ortaya koyuş biçimi, yalnızca idarenin sorumluluğu açısından değil, kurucu unsurlar yönünden de ortada “hiç” idari işlem ya da eylem olmadığını kabul etmek, fazla bir mesafe katetmeyi gerektirmeyen bir sonuç olacaktır. Böylece hukuka aykırı her işlem ya da eylemi –bu işlem ya da eylem mutlaka belli kamu görevlileri tarafından yapıldığına göre- kamu görevlisinin şahsi işlem ya da eylemi sayarak bunların hukuka aykırılıklarının idari yargıda dava konusu edilerek saptanması gereği de ortadan kaldırılabilir.

Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı DURAN tarafından formüle edilmiş olduğundan, DURAN’dan hareketle kamu görevlilerinin hukuka aykırı davranışlarını üç aşamada özetleyebiliriz<sup>[38]</sup>:

- Kamu göreviyle hiç ilgisi olmayan işlem ve fiiller, kamu görevlilerinin görev dışındaki fiilleri, idari nitelikte sayılamaz<sup>[39]</sup>
- Görevle ilgili olanlar, görev sırasında işlenenler hukuka aykırılığın ağırlığına göre kamu görevlisinin sorumlu tutulacağı “salt kişisel kusur” oluşturur. Bu kategoride hukuka aykırılığın ağırlığı belirlenmiş değildir. Mevzuata herhangi bir aykırılık, salt kişisel kusur kategorisine sokulabilir.
- Görevden ayrılmayan kişisel kusurlar ise görev kusuru olarak değerlendirilir ve idare bunlardan sorumlu olacaktır.

İdari yargı kararının yerine getirilmemesinden kaynaklanan tazminat davasına ilişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı<sup>[40]</sup>, ise Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi hükmünün bir anlamda yok sayılmasıyla ortaya çıkmış gibidir. Kararda idari yargı kararlarının uygulanmamasından kaynaklanan sorumluluk tartışılırken, Devlet Memurları Kanununun 13. maddesine hiç değinilmemiştir. Bu çerçevede Yargıtay’ın, yargı kararının uygulanmamasını,

[38] DURAN, a.g.m., s. 95 vd.; Lûtfi DURAN, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu”, Amme İdaresi Dergisi, c. 17, S. 2, 1984, s. 8 vd.

[39] GÖZLER, kamu görevlisinin görevinin tamamıyla dışında, özel hayatında işlediği kusurların “saf kişisel kusur” olduğunu Fransız öğretisine atıfla açıklamaktadır. GÖZLER, a.g.e., s. 1114-1115.

[40] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E. 1978/7, K. 1979/2, K.t. 22.10.1979. Resmi Gazete, 29.11.1979 – 16824.

sorumluluğa ilişkin genel nitelikteki hüküm kapsamında tartışılması bile gerekemeyecek açıklıkta, özel ve istisnai bir kişisel kusur saydığı düşünülebilir.

*“İdare ajanının izrar kasdıyla, garaz, kin, husumet, kıskançlık, intikam ve benzeri duyguların etkisi altında yaptığı işlem ve eylemlerde kişisel kusurunun bulunduğu kuşkusuzdur. Ancak kişisel kusurlar sayılan bu davranışlar ve benzerlerinden ibaret değildir. İdare adına işlem yapan kamu görevlisinin bunlar dışında, emredici yasa kurallarına ve hukuka açıkça karşı gelme durumları, suç teşkil eden davranışları olabilir. Bu gibi hallerde de kamu görevlisinin hukuki sorumluluğu için husumet, kin, garaz ve benzeri duyguların etkisi altında hareket etmesi aranacak mıdır?”*

*“(A)çık kesin ve emredici yasa kurallarına bilerek aykırı davranış da kişisel kusur kabul edilmek gerekir.”*

*“Doktrinde de kişisel kusurun alanı yalnız kötü maksat ve niyetle sınırlandırılmayıp ihmâl, tedbirsizlik, dikkatsizlik gibi haller kişisel kusur kavramı içinde düşünülmekte ve özellikle idare adına işlem yapan kişinin sorumluluğu konusunda çoğunluk görüşü yargı kararlarının sadece uygulanmamasını idare ajanının kişisel kusuru saymaktadır.”*

*“Danıştay’ca verilen yürütmenin durdurulması veya İptal kararlarının yalnızca uygulanmamasının bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin, zararın gerçekleşmesi halinde tazminatla sorumlu tutulması için yeterli olduğu, sorumluluk için ayrıca kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket ettiklerinin araştırılmasına gerek bulunmadığı kabul edilmiştir.”*

Yargıtay’ın bu kararında yalnızca yargı kararını uygulamama değil, her türlü hukuka aykırılığın kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunu doğuracağı ve hatta hukuka aykırı işlem tesis eden kamu görevlisine karşı tazminat davası açılabileceği ancak bu durumda işlemin hukuka aykırılığına ilişkin bir idari yargı kararına ihtiyaç duyulacağına kabul edildiği sonucuna varılabilir.<sup>[41]</sup>

[41] *“Burada yapılan idare işleminin hukuka uygun olup olmadığının araştırılması söz konusu değildir. Bu tazminat davasının dayanağı Anayasa’nın 132. maddesi ile Borçlar Kanunu’nun haksız eyleme ilişkin 41 ve ondan sonra gelen maddeleridir. İdari işlemin hukuka aykırılığından doğan tazminat davasının dayanağı ise Anayasanın 114/son ve Danıştay Kanunu’nun 31. maddesidir. Gerçekten Anayasa’nın 114. maddesinin son fıkrasında ‘İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür’ ve Danıştay Kanunu’nun 71. maddesinde ‘İlgililer, haklarını da ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla, Danıştay’da iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu dava üzerine işlemin iptali halinde bu husustaki kararın tebliği tarihinden itibaren doksan gün içinde tam yargı davası açabilirler’ hükümleri yer almıştır. Kuşkusuz bu hükümler idare aleyhine açılacak davalara ilişkindir. Ancak, idari işlemi yapan kamu görevlisinin kişisel kusuru varsa, ilgili, bu kişiye karşı adliye mahkemelerinde tazminat davası da açabilir. İşte böyle bir dava açıldığında iptal davası sonucunun beklenmesi zorunludur. Çünkü iptal davasının reddi halinde yapılan*

Görüldüğü gibi, idari yargı kararlarının uygulanmamasından doğan tazminat davaları aslında genel kuralı koyan Devlet Memurları Kanununun 13. maddesini, bazen tartışılmaksızın yok sayılmaya, bazen “*kişisel kusur*” anlayışıyla zayıflatılmış ve sınırlanmış bir düzenlemeye çevirebilmektedir.

1982 Anayasasıyla kabul edilen sorumluluk sistemi de Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi doğrultusunda ve maddeyle getirilen yaklaşımı teyid eder niteliktedir.<sup>[42]</sup> Anayasanın 40/3. maddesine göre,

*“Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”*

Anayasanın 129/5. maddesine göre,

*“Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”*

Bu düzenlemeler sonrasında da kamu görevlilerinin hukuka aykırı işlem ve eylemleri konusundaki temel yaklaşım değişmemiş gibidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun asker kişinin iptal edilen sicil notu nedeniyle açtığı tazminat davasında verdiği karar<sup>[43]</sup> DMK m. 13, Anayasa m. 129/5 ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 24. maddesini birlikte yorumlaması açısından önemlidir.

“Anayasanın (m. 129/5) hükmü; Tüm Kamu personelini içermekte olup 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi ile de aynı doğrultudadır. Ayrıca, Kamu Hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak, zarara uğrayan kişilerin açacakları tazminat davalarında pasif husumeti düzenleyen usulü bir kural niteliğindedir. Bu madde ile yasa koyucunun güttüğü amaç; memur ve kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken, işledikleri fiillerden dolayı haklı, haksız yargı önüne çıkarılmalarını önlemek, Kamu hizmetinin sürekli, eksiksiz görünmesini sağlamak ve mağdur için daha güvenilir bir tazminat sorumlusunu tesbit etmek şeklinde özetlenebilir.

Bu bağlamda hemen belirtilmelidir ki; personelin kişisel eylem ve davranışları idari eylem ve işlem sayılmamıştır. Gerçekte de, Anayasanın 125.

*işlemin hukuka uygunluğu gerçekleşmiş olur ve bu durumda kamu görevlisinin veya idarenin tazminatla sorumlu tutulması söz konusu olamaz.”*

[42] Anayasanın 40/2. ve 129/5. maddelerinin değerlendirilmesi için bkz. DURAN, a.g.m., s. 13. vd.

[43] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1998/4-27, K. 1998/100 K.t. 11.02.1998 (www.kazanci.com)

maddesinin son fıkrasında, “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” denilmekte 137. maddede de “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimsenin Yönetmelik, Tüzük, Kanun ve Anayasaya aykırı emirleri yerine getirmeyerek bu aykırılığı emri verene bildireceği; “üst”ün emirde ısrar ile bu emri yazılı ile yenilemesi durumunda, emrin yerine getirileceği, bu takdirde emri yerine getirenin sorumlu olmayacağı; konusu suç olan emrin ise, hiç bir surette yerine getirilemeyeceği ve emri yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilmektedir. Görüldüğü üzere; Kamu personelinin Kanuna ve hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden şahsen sorumlu tutulacağı ilkesinin kabul edildiği çok açıktır. Öte yandan 657 sayılı Yasanın 13. maddesi de; Memur veya Kamu görevlisinin; Kötü amaç ve niyetle, garz ve husumetle hareket etmesi veya açık ve kesin olan Yasa hükümlerini bilerek ve kasten ihlal etmesi şeklinde tezahür eden ve görev ile yetkilerinden, hizmet, araç ve gereçlerinden, resmi sıfatından, tam ve mutlak suretle ayrılabilen; böylece Özel Hukuk düzenlenmesinin kapsamında kalan, işlem ve eylemleri ile verdikleri zararlardan dolayı şahıslarına yönelik açılacak giderim davalarını ortadan kaldırmamış özellikle kendi hukuk alanı dışında tutmuştur.

Nitekim; böyle durumlarda ve Kamu görevlisinin tamamen kendi iradesi ile kasten sebebiyet verdiği zararlarda, eylem ile Kamu görevinin yürütülmesi arasında objektif bir illiyet bağının varlığından söz edilemeyeceği kaçınılmazdır. Bu evrede görevden kolayca ayrılabilen ve görev alanı dışında kalan kusurlu eylem ile kamu görevi arasındaki hukuki bağ kesilerek salt memurun veya Kamu görevlisinin kişisel kusuru söz konusu olmaktadır. Hemen vurgulayalım ki, görev kusuru ile kişisel kusurun ayırımında kişisel kusurun alanı ve unsurlarının açık bir biçimde saptanması önem taşımaktadır.

Bilindiği gibi, görev (hizmet) kusuru; daha çok kamu görevlisinin görevinden ayrılamayan kişisel kusur olarak kendisini gösterir. Bu kişisel kusur, görev içinde ve dolayısı ile idarenin ajanına yüklediği ödev, yetki ve araçlarla işlenmektedir. Dahası görev, kusurun vücut bulmasına yol açmaktadır. Örneğin, bir hukuk düzenlemesi gereği zor ve hatta lüzumunda silah kullanma yetkisi verilen Kamu görevlisinin bu görevini yerine getirdiği sırada (Kanunun veya zaruretin tayin ettiği) sınırı aşmak sureti ile bir zarara sebep olması halinde; görev kusuru ile karşılaşılır. Kişisel kusurda ise; Kamu görevlisinin eyleminde açıkça ve kolayca görevinden ayrılabilen tasarruf ve hatalar görülür. Diğer bir anlatımla; Kişisel kusurda idare nam ve hesabına hareket eden bir kamu görevlisinin idareye atıf ve izafe olunacak yerde, doğrudan doğruya kendi şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu intaç eden hukuka aykırı eylem ve muameleleri belirgindir. Burada kamu

görevlisi zarar doğurucu eylemini kamusal görevin yerine getirilmesi saiki ile işlemiştir.

Somut olgularla izah edilmek istenirse; İdare ajanının Kin, Hınç, Düşmanlık ve benzeri duyguların etkisi altında kalarak işlediği fiiller ile, emredici yasa kurallarına ve hukuka açıkça karşı gelme (Bkz. 22.10.1979 gün, 1978/ 7 E. 1979/2 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında saptandığı üzere Danıştayca verilen Yürütmenin Durdurulması yada iptaline ilişkin kararların uygulanmaması) tutum ve davranışları kişisel kusuru oluşturur. Gerek öğretide ve gerekse yargısal kararlarda “*personelin*” kişisel eylem ve davranışları idari eylem ve işlem sayılmamış, kişisel kusura dayanan davaların inceleme yerinin Adalet Mahkemeleri olduğu kabul edilmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 25.3.1975 günlü 1974/42 E., 1975/62 K. sayılı kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.1.1984 günlü 1981/4-110 E., 1984/1 K. sayılı ve 30.4.1986 günlü 1985/4-309 E., 1986/466 K. sayılı kararları, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1 nci Dairesinin 23.9.1997 günlü, 1997/19 Esas, 1997/613 K. sayılı kararı, Tekinay Akman Burcuoğlu Altop Tekinay Borçlar Hukuk Genel Hükümler 1988 sayfa 681).”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, “*kişisel kusur*” un kural (Anayasa m. 129/5, DMK m. 13) üzerindeki etkisini böylece tespit ettikten sonra, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun yukarıda değinilen Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilen 24/b maddesi düzenlemesini anarak bu maddenin Anayasa Mahkemesi kararından sonraki halini değerlendirmektedir:

“1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 24. maddesinin 25.12.1981 gün 2568/1 sayılı Yasa ile düzenlenen metni şöyledir: Hizmet ve Şahsi Kusurun Birleşmesi

*“Kişiler Askeri görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil; sadece bu mahkemede ilgili kurum aleyhine tazminat davası açabilirler. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.”*

Görülüyor ki yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesinin iptal kararında da kabul edildiği üzere, Anayasa Hükümlerine aykırılık oluşturması ve Anayasanın 153/son maddesindeki bağlayıcılık ilkesi de esas alınarak madde metnine “*Asker kişilerin Şahsi Kusurları*” ile “*3. şahıslara zarar vermeleri*” hali bilinçli olarak konulmamıştır. Dahası 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin amacına, özü ve sözüne uygun düzenleme yapılarak uygulanacak hukuk normu yönünden her iki yasa arasında bir farklılık yaratılmamasına özen gösterilmiştir.



Gerçekte de Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kurulma amacı; yalnızca Askeri idarenin eylem ve işlemlerinin denetlenmesi olup Asker kişilerin kişisel kusurundan doğan ve tamamen özel hukuk kurallarının uygulanmasını gerektiren, özellikle “*Şahsi kusur*” konuları dışındaki işlem ve eylemlerdir.”

Hukuk Genel Kurulu, “*şahsi kusur*”un kapsam dışında olduğunda hiç tereddüt etmediğinden madde metninde “*tam yargı davası*” değil de “*tazminat davası*” ifadesinin kullanılmasını da gerekçesinde değerlendirmiş ve açılacak tam yargı davasında davalının “*kişisel kusur*” nedeniyle ilgili kamu görevlisi olduğunu tespit ederek bunun kabul edilemezliğini vurgulamıştır:

*“Genel idare Mahkemeleri ile Danıştay’a verilmemiş olan bir Yargı yetkisinin başka bir yasa kuralı ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesine verilmesi Anayasanın temel yapı ve bütünlüğü ile bağdaşmayacağı açıktır. Zira, Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında idare ancak kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödememekle yükümlü tutulmuştur. Yine 155. maddedeki kurallarda; Danıştay “İdari” uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlmek” 157. madde de Askeri Yüksek İdare Mahkemesi “Asker kişileri ilgilendiren ve Askeri hizmete ilişkin idari işlem, eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini” yapmak görev ve yetkisi ile donatılmıştır. Bu durumda, Asker kişilerin kişisel kusurlarından kaynaklanan davaların denetiminin bu görev alanının dışında kaldığı kuşkusuzdur.*

Yine, Askeri hizmetin yerine getirilmesi sırasında asker kişilerin “*Şahsi Kusurları*” ile 3. şahıslara bir zarar vermeleri halinde, Asker kişilere karşı “*Tam yargı*” davasının Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde açılabilmesine olanak sağlamak, İdare Hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmaz ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesini bir Adliye Mahkemesi durumuna getirir ve yetki alanını genişleterek Özel Hukuk alanında da hüküm kuran bir Askeri Mahkeme niteliğine büründürür ki, kabul edilemez. Kaldı ki tam yargı davalarının özelliklerinden biri de, onun idareye karşı yöneltilmiş olmasıdır. İdare Hukuku Kurallarına göre, İdari yargı organlarında kişilere karşı dava açılması olanağı da bulunmamaktadır.

Diğer bir yön de; 1602 sayılı Yasanın 24. maddesinin kenar başlığındaki “*Hizmet ve Şahsi Kusurun Birleşmesi*” ibaresindeki “*Şahsi Kusur*” kavramıyla, idare ajanından, görevin mutlak gereği, idari işler veya işlemlerle sıkı sıkıya bağlantılı olarak sadır olan şahsi eylemlerin amaçlandığıdır”

Böylece Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, “*davaya konu olayda, davalı Asker kişinin görevden kolayca ayrılabilen ve görevin kapsamı dışında kalan salt kişisel kusuruna dayanıldığından davaya bakmaya genel mahkeme görevlidir*” sonucuna varmıştır.



Yargıtay'ın bu kararında “*hizmet kusuru*”, “*görev kusuru*”, “*kişisel kusur*” anlayışını belirleyen temel yaklaşım aslında kişisel kusurla tesis edilen işlemlerin ya da yapılan eylemlerin idari niteliğinin ortadan kalktığı görüşüdür. Bu temel yaklaşıma göre, “*personelin kişisel eylem ve davranışları idari eylem ve işlem sayılmamıştır.*” Yargıtay bu görüşü başta Anayasa olmak üzere ilgili mevzuat hükümlerinden çıkardığından, bu aşamadan sonra herhangi bir mevzuat değişikliğinin de bu “*apaçık hukuksal gerçeği*” değiştirmesi mümkün görünmemektedir. Somut uyuşmazlıklarda da yapılması gereken şey kişisel kusurun tespitidir. Kişisel kusur tespit edilirse işlem ya da eylem idari niteliğini kaybedecek ve idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan idari sorumluluk devre dışı kalacaktır. Yargıtay'ın geliştirdiği bu yaklaşımın yalnızca sorumluluk konusuyla ilgili olmadığı, idari işlem ve eylem teorisile yakından ilgili ve bunun üzerinde sonuç doğurduğu açıktır ve Yargıtay'ın kişisel kusurla ilgili bu mantıksal süreci sonuna kadar götürmekten başka bir şey yapmadığı söylenebilir.

Kamu görevlilerinin hukuka uygun davranması zorunluluğunu vurgulamak üzere, hukuka aykırı davranışlarının kabul edilemeyeceği görüşünden kaynaklanan yaklaşımlar idare hukuku literatüründe de yer almaktadır. Bu açıdan SARICA'nın görüşleri konunun eskiliğini de göstermesi açısından örnek olarak değerlendirilebilir. SARICA'ya göre,

*“bir ajan veya memurun şahsi kusuru mevcuttur demek’ ortada doğrudan doğruya şahsına ait, münhasıran şahsına izafesi mümkün bir kusur mevcut demektir. Bu kusur hizmete ait, idareye izafesi mümkün, idare hükmü şahsına isnadı gereken bir kusur sayılmadığına göre idari bir fiil değildir ve binaberin bir amme hukuku hadisesi teşkil etmemektedir. Başka bir söyleyişle, şahsi kusur idare hukuku çerçevesine giren bir hadise olmayıp idare hukukunun haricinde kalan ve hususi hukuku alakadar eden bir hadisedir.”*<sup>[44]</sup>

Şahsi kusurun sonuçları böyle tespit edildikten sonra, kamu görevlilerinin hangi işlem ve eylemlerinin şahsi kusur sayılacağına ilişkin anlayış, bu sorumluluğu ne kadar genişlettiği ya da daralttığı önemli olmaksızın, idari işlem ve eylemleri de belirleyecektir.

Yargıtay'ın son dönemde, kişisel kusurun işlemin/eylemin idariliği üzerindeki etkisine değinmeden, davacının davayı formüle edişini ve kamu görevlisini hedef almış olmasını dikkate alarak görev sorununu değerlendirdiği görülmektedir. Bu doğrultuda davacının isterse idarenin sorumluluğu, isterse de kişisel kusur nedeniyle kamu görevlisinin sorumluluğu yoluna gidebileceğinin kabul edildiği söylenebilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, yanlış tedavi nedeniyle açılan maddi ve manevi tazminat davasında davacının dilekçesinde ilgili

[44] SARICA, a.g.m., s. 34-35.

personelin salt kişisel kusuruna dayanmış olmasını, adli yargının görevli olması için yeterli saymıştır.<sup>[45]</sup> Bu karara yazılan karşı oyda<sup>[46]</sup> “*kişisel kusur iddiasıyla açılan davalarda hâkimin maddi vakıa ile bağlı olmasına karşılık hukuki tavsif ile bağlı olmaması nedeniyle*” davacının kişisel kusur iddiasının Anayasa ve Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi karşısında yargı yolunu değiştirebilecek bir nitelik taşımadığı vurgulanmaktadır.

Yargıtay’ın kamu görevlilerinin kişisel sorumluluğuna ilişkin kararlarının bir yönüyle idari yargının görev alanını da daraltacak yaklaşımlar içerdiği vurgulanmıştı. Ancak Danıştay, kamu görevlilerinin kişisel kusurları hatta bir suç teşkil etse de hizmet kusurunun ortadan kalkmayacağı görüşünü korumaktadır ve kararları bu yönde istikrar kazanmıştır. “*Bir cinayet soruşturması nedeniyle 3*

[45] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2009/4-448, K. 2009/545 K.t. 18.11.2009 (www.kazanci.com) “*Anayasa’nın 129/5. maddesi gereğince memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararlara ilişkin davaların idare aleyhine dava açılabilmesinin, eylemin hizmet kusurundan kaynaklanmış olması koşuluyla bağlı bulunmasına; dava dilekçesinde sıralanan maddi olguların ise davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığını göstermesine, böylece öncelikle bu iddia doğrultusunda delillerin toplanıp değerlendirilerek sonuca varılmasının gerekmesine; Hukuk Genel Kurulu’nun 15.11.2000 gün ve 2000/4-1650 E. 2000/1690 K.; 26.09.2001 gün ve 2001/4-595 E. 2001/643 K.; 29.03.2006 gün ve 2006/4-86 E. 2006/111 K.; 20.09.2006 gün ve 2006/4-526 E. 2006/562 K.; 17.10.2007 gün ve 2007/4-640 E. 2007/725 K.; 31.10.2007 gün ve 2007/4-800 E. 2007/797 K.; 04.02.2009 gün ve 2008/4-830 E. 2009/45 K. sayılı ilamlarında da aynı ilkenin vurgulanmış olmasına göre, Hukuk Genel Kurulu’na da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.*”

[46] Karşı oyun sonuç bölümü şöyledir: “*Anayasa’nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası’nın 13. maddesinin düzenlediği, ‘memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevlerini yaparken yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlarından dolayı doğan ve zarar gören kişilerin açacakları tazminat davaları kamu görevlisi aleyhine değil ANCAK idare aleyhine açılır’ hükümlerinin açık, net ve amir olması, bu hükümler karşısında kamu görevlisinden dolayı zarar gören kişilerin SADECE ve ANCAK idare aleyhine idari yargıda dava açabileceği, kamu görevlisi aleyhine adli yargıda dava açmasının ve açılacak bu davalarda kamu görevlisinin kişisel kast ve kusurunun araştırılmasının mümkün olmaması, bu konularda Sayın Çoğunluk görüşüne göre yorum yolu ile sonuca gidilerek hizmet kusurundan ayrılabilen kişisel kast ve kusurun varlığı halinde kamu görevlisi hakkında adli yargıda dava açılabilmesi ve esasa ilişkin karar verilmesinin mümkün olmaması, açık, net ve amir yasa hükümlerinin bu şekilde bir yoruma ve uygulama yapılmasına müsait olmaması, kişisel kusur iddiasıyla açılan davalarda hakimin maddi vakıa ile bağlı olmasına karşılık hukuki tavsif ile bağlı olmaması nedeniyle hakimin konu ile ilgili Anayasa ve Devlet Memurları Yasası’nın açık hükümlerine göre aykırı olarak kamu görevlisi hakkında esasa girip kişisel kusur araştırması doğru olmadığı gibi, taraf teşkili kamu düzeni ile ilgili olup, hakimin re’sen nazara alacağı hususlardan olması nedeniyle kişisel kusur iddiası ile dava açılmasının neticeye etkili olmayıp nazara alınmamasının gerekmesine görev yönünden de idari yargının görevine giren konularda kamu düzenine aykırı sonuç doğuracak şekilde adli yargıda bu davaların görülmesinin mümkün olmaması, sayın çoğunluğun uygulamasının yasal dayanağının bulunmaması göz önüne alınarak kamu görevlileri hakkında adli yargıda kişiler hakkında açılan davalar hakkında kasit ve kusur araştırması yapılmaksızın kamu görevlileri hakkında busumet yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekir düşüncesi ile Sayın Çoğunluğun görüşlerine katılmıyorum.”*

*gün süre ile gözaltında tutulan davacının bu süre içerisinde kendisine kötü muamelede bulunduğundan ve işkence edildiğinden bahisle” idareye karşı tazminat ödenmesi talebiyle açtığı davada, İstanbul 2. İdare Mahkemesi,*

“Anayasa’nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına yer verilmiş, 129. maddesinin 5. fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılacağı hükme bağlanmış, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Dava konusu olayın niteliği dikkate alındığında, halkın can ve mal emniyetinin korunması şeklinde ortaya çıkan kamu hizmetinin düzenlenmesindeki yetersizlik, diğer yandan kamu personeli üzerindeki denetimin gereğince yapılmamış olmasından dolayı hizmetin kötü işlemesi biçiminde gerçekleşerek idarenin kamu hizmetinin yürütülmesindeki kusurunu ortaya koyduğu, bu şekilde meydana gelen zararın hizmeti yürütmekle görevli idarece tazmin edilmesi gerektiği, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda zabıta tarafından suç delillerinin tespiti veya faillerinin yakalanması amacıyla yetkili kılınan polis, bu görevini yerine getirirken kanunda öngörülen usul ve esaslara uygun davranmasının hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez bir gereği olduğu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun Onuncu faslında zabıta amir ve memurları ile Cumhuriyet savcılarının ifade alma ve sorguya çekme sırasında uyması gereken usul ve esasların düzenlendiği, 135/ ( a ) maddesinde, ifade verenin veya sanığın beyanının özgür iradesine dayanması gerektiği, bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma gibi iradeyi bozan bedeni ve ruhi müdahalelerin yapılamayacağı belirtilmiştir.

Dava konusu olayda, 6.5.2002 tarihinde İstanbul Organize Suçlar Şube Müdürlüğü görevlileri tarafından gözaltına alınan davacının gözaltı süresince kolluk kuvvetince yapılan sorgulamasında kötü muamele ve işkenceye maruz kaldığı hususunun İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı’na düzenlenen 26.7.2002 tarih ve 246 sayılı rapor ve dosyadaki diğer bilgi ve belgeler uyarınca sabit olduğundan, yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini, genel ahlaki ve Anayasa’da yazılı hak ve hürriyetleri korumakla görevli kılınan polis, bu yetkiyi kullanırken kanunen tanımlanan görev alanı dışına çıkmak suretiyle davacıya hukuka aykırı eylem ve işlemi ile verdiği zararı tazminle yükümlü olduğu”

gerekeciyle idarenin sorumlu olduğunu kabul etmiş ve bu karar Danıştay tarafından onanmıştır.<sup>[47]</sup> Kararda idarenin sorumluluğunun hizmet kusuruna dayandırıldığı, kamu görevlisinin kusuru nedeniyle bir kusursuz sorumluluk hali yaratılmadığına da dikkat edilmelidir. Uyuşmazlık Mahkemesi de, kamu görevlilerinin kişisel kusurundan idarenin kusurlu sorumluluk esasınca sorumlu tutulacağını kabul etmektedir.<sup>[48]</sup>

Danıştay, Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesinin kararlarının ortaya çıkarıldığı duruma bakıldığında, Anayasa m. 129/5 ve DMK m. 13 uygulamasında, kişisel kusur nedeniyle hem kamu görevlisine karşı açılan tazminat davalarının hem de hizmet kusuru nedeniyle idareye karşı açılan tam yargı davalarının yargı yerlerince görüldüğü ortaya çıkmaktadır. Gelineen noktada, idari yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle hem kamu görevlisine hem de idareye karşı dava açılabilmesini öngören İdari Yargılama Usulü Kanununun 28/4. maddesinin getirdiği çözümün, uygulamada sorumluluğa ilişkin genel kuralın yerini aldığı, Anayasa m. 129/5 ve DMK m. 13'ün idareye ya da kamu görevlisine dava açılabilmesi biçiminde yorumlandığı sonucuna varılabilir. Böylece sistem içinde istisna olan kamu görevlisine dava açılabilmesi olanağı kurala dönüşmüş görünmektedir. Bununla birlikte Yargıtay'ın son dönemde kişisel kusuru, kamu görevlilerinin görevle ilgisi olmayan fiilleri çerçevesinde anlama eğiliminde olduğu tespit edilebilir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin içtihadında bu yönde bir evrilme olduğu görülmektedir.<sup>[49]</sup> Özellikle Yargıtay 4. Hukuk

[47] Danıştay 10. Daire, E. 2006/1212, K. 2009/652, K.t. 06.02.2009. (www.kazanci.com) İstanbul 2. İdare Mahkemesinin gerekçesi Danıştay kararından aktarılmıştır. Danıştay bu kararında, “*idare aleyhine hükmedilen tazminatın bu olayda kişisel kusuru bulunan kişi ya da kişilere rücu edilmesi için kararın bir örneğinin Maliye Bakanlığına tebliğine*” de karar vermiştir.

[48] “Hizmetle ilgili olarak veya hizmetin görülmesi sırasında kamu görevlisinin kusurlu olması, genel olarak ‘kişisel kusur’ sayılmakla birlikte; bu olgunun, kimi durumlarda, personel üzerinde gözetim ve denetim görevinin yerine getirilmesi yönünden hizmet kusurunu ortadan kaldırmayacağı kuşkusuzdur.

Bu durumda, kamu görevlilerinin hizmetin yürütülmesi sırasındaki kusurlu eylemlerinin, idare yönünden nesnel nitelik taşıyan “*bizmet kusuru*”nu oluşturmasına ve yukarıdaki düzenlemelere göre, idarenin hizmet kusurunun, hizmetin kuruluş ve işleyişi ile personel üzerindeki gözetim ve denetim görevinin yerine getirilmesi yönlerinden idare hukuku esasları çerçevesinde yargısal denetiminin idari yargı yerlerince yapılacağı ve olayın bu yargı kolunca değerlendirileceği sonucuna varılmıştır.” Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 2010/107, K. 2011/39, K.t. 07.03.2011. (www.kazanci.com)

[49] “(K)amu görevlisinin görevini yaparken kusurlu davranışta bulunmasının hizmet kusuru mu yoksa hizmetten ayrılabilen kişisel kusuru mu olacağının tespiti gerekmektedir. Kamu kurumları kamu hizmeti yaparlar. Ancak kamu kurumları tüzel kişilik olduklarından ve bu kişilik maddi değil soyut bir kişilik olduğundan, kamu hizmetini bizzat yerine getiremezler. Kamu hizmeti, gerçek kişi konumunda olan kamu görevlileri ve bunların kullandıkları araç ve gereçlerle yerine getirilir. Bunun sonucu olarak, kamu görevlilerinin veya bunların kullandıkları araç ve gereçlerin kusur, ihmal ve hatalarından dolayı kamu

Dairesinin aşağıda değinileceği üzere, İdari Yargılama Usulü Kanununun 28/4. Maddesi düzenlemesinin Anayasaya aykırı olduğu görüşüyle Anayasa Mahkemesine başvurmuş olması, Dairenin içtihadının kişisel kusuru, kamu görevlisinin özel hayatına hasretme yaklaşımında olduğunu göstermektedir. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararı, içtihadın eskiye dönmesi olasılığını da güçlendirmiştir.

### III. İDARİ YARGI KARARLARINI UYGULAMAYAN KAMU GÖREVLİSİNE KARŞI TAZMİNAT DAVASI AÇILMASI

İdari Yargılama Usulü Kanununun 28/4. maddesinde idari yargı kararını kasten yerine getirmeyen kamu görevlisine karşı tazminat davası açılabilmesine imkân tanıyan kuralın anayasaya aykırı olduğu öğretide savunulmuştur.<sup>[50]</sup>

Yargıtay'ın genel olarak kamu görevlisinin kişisel kusurundan kaynaklanan sorumluluğu, özel olarak da idari yargı kararını uygulamayan kamu görevlisine karşı dava açılabilmesi için “*kast*” unsurunu aramamasına ilişkin kararları çerçevesinde, İdari Yargılama Usulü Kanununun 28/4. maddesinde yer alan kuralın Anayasanın 129/5. maddesine aykırı olmadığı görüşünü benimsemesi mantıklıdır. Ancak Yargıtay içtihadındaki gelişmeye koşut olarak bu yasa kuralı, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tarafından Anayasaya aykırı görülerek itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülmüştür. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin

hizmetinin yerine getirildiği sırada kişilerin zarar görmesi halinde meydana gelecek kusur kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Burada, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan bahsetmek kesinlikle mümkün değildir. Kamu görevlisinin buradaki kusuru hizmet kusurunu oluşturur.

Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmeti ile ilgili olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur.

Konunun iyi anlaşılabilmesi için örnek vermek gerekirse: Sabahleyin aracı ile kamu hizmetini yapmak için çalıştığı hastaneye gelen doktorun, aracını park ederken kendisinden önce tedavi olmak için hastaneye gelmiş olan bir hastanın aracına çarpıp zarar vermesi halinde bu, doktorun kamu hizmetiyle alakalı olmayan kişisel kusurudur. Aynı doktorun aracını park ettikten, hastanedeki poliklinik odasına girdikten sonra görevi olan sağlık hizmeti ile ilgili yaptığı (teşhis, tedavi ve ameliyat gibi) eylemlerde bir kusur olursa bu kusur hizmet kusurudur.” Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2010/12270, K. 2012/765, K.t. 24.01.2012 (www.kazanci.com)

[50] OZANSOY, a.g.t., s. 336; AKYILMAZ, a.g.m., s. 463; GÖZLER, a.g.e., s. 1143 vd.; GÜNDAY, a.g.e., s. 378, Serdar YILMAZ, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Zorunluluğu ve Bu Kararların Uygulanmamasına Karşı Öngörülen Hukuksal Önlemler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2009, s. 230 vd.

kararı<sup>[51]</sup> bu alandaki tartışmaları yönlendirebilecek niteliktedir. Yargıtay 4. Dairesinin başvuru gerekçesine göre,

“Anamur Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2010/598 esas, 2011/141 karar sayılı dava dosyasında görülüp sonuçlanan davada; davacı, Anamur Belediye Başkanlığı Hesap İşleri Müdürlüğü görevini yürütürken, bu görevinden alınarak bir alt derecede bulunan Hal Müdürlüğü görevine atandığını, bu atama işleminin Mersin 1. İdare Mahkemesi’nce yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmesine rağmen, belediye başkanı olan davalının bu kararı uygulamadığını iddia ederek manevi tazminat istemiştir. Mahkemece dava kısmen kabul edilmiş; karar, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, idari yargı kararının uygulanmaması nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı kamu görevlisi olan davalıdan tazminat istemiştir. 06/01/1982 tarihli, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28/4. maddesine göre, “*Mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açabilir.*” Bu yasal düzenlemeye göre davacının davasını kamu görevlisine yöneltme hakkı vardır. Ne var ki, 18/10/1982 tarihli Anayasa’nın 129/5. maddesine göre, “*memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*”

Bu düzenleme dikkate alındığında memurlar ve diğer kamu görevlileri aleyhine, yetkilerini kullanmalarından kaynaklanan zararlar nedeniyle tazminat davası açılmaz. Anayasada bunun istisnası da düzenlenmemiştir. Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 06/06/1990 tarihli, 3657 sayılı Yasa ile değişik 13/1. maddesinde, 11/11/1983 tarihli, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu’nun 28/4. maddesinde, 3222 sayılı ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 06/06/1985 tarihli Yasa ile değişik 5. maddesinde, Anayasa’nın anılan maddesine uygun hükümler getirilmiştir.

Yukarıda açıklanan Anayasa hükmü dikkate alındığında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken verdikleri zararlar nedeniyle tazminat davası idareye karşı açılması gerekir. Memur ve kamu görevlileri aleyhine tazminat davası açılmaz. Davaya konu olayımızda uygulanması gereken 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28/4. maddesine göre ise mahkeme kararını yerine getirmeyen kamu görevlisine dava

[51] Anayasa Mahkemesi, E. 2012/22, K. 2012/133, K.t. 27.09.2012, Resmi Gazete 11.12.2012 – 28494.

açılacağı belirtilmektedir. Şu durumda bu düzenleme Anayasa'nın 129/5. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın geçici 15. maddesi gereğince 2577 sayılı Kanunu'nun 28/4. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürüleliyordu. Ancak Anayasa'nın geçici 15. maddesi 07/05/2010 tarihli, 5982 sayılı Kanun'un 24. maddesi gereğince yürürlükten kaldırılmıştır.

Tüm bu açıklamalar dikkate alındığında, eldeki Anamur Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/1598 esas, 2011/141 karar sayılı dosyanın temyiz incelemesi aşamasında, dava konusu olayda uygulanması gereken 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28/4. maddesinde belirtilen “*kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir*” cümlesinin Anayasa'nın 129/5. maddesine aykırı olduğu Dairemizce re'sen gözetilerek anılan Yasada belirtilen cümlenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmak gerekmiştir.”

Düzenlemede kasten kararın yerine getirilmemesine rağmen bunun Anayasaya aykırı olduğu düşünüldüğüne göre, Anayasanın 129/5. maddesinin kamu görevlileri açısından mutlak bir koruma getirdiğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Yukarıda değinildiği gibi, kamu görevlilerinin görevle ilgisi olmayan, özel hayatlarındaki kusurları dışında sorumluluğun idareye yöneltilmesi gerektiği Yargıtay tarafından da kabul görmüş gibidir.

Anayasa Mahkemesinin kararında ilgili mevzuat hükümleri sıralandıktan ve Anayasanın 129/5. maddesine yer verildikten sonra varılan sonuç ve gerekçesi şöyledir:

“Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarının uygulanması, hukuk devleti ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan hukuka bağlı idare anlayışının gereğidir.

Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında, “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*” denilmektedir. Bu hükme göre, kamu görevlileri de mahkeme kararlarını yerine getirmek zorunda olup, bu konuda seçim hakları bulunmamaktadır. Kaldı ki, mahkeme kararlarını kasten yerine



getirmeyen memur ve diğer kamu görevlilerinin eylemleri suç oluşturmaktadır. Bu bağlamda, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca mahkeme kararlarını uygulayıp uygulamama konusunda seçim hakkı bulunmayan kamu görevlilerinin, yargı kararlarını kasten yerine getirmeme eylemleri, Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrası kapsamında değildir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu ibare Anayasa'nın 129. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”

Belirtmek gerekir ki idare hukuku öğretisinde ve yargı kararlarında uzunca bir süredir tartışılan, çeşitli kusur yaklaşımları ve ayrımlarıyla geliştirilen gerekçelerin kısaca özetlenmesinin bile mümkün olmadığı bir konuda Anayasa Mahkemesinin bu iki paragrafta gerekçelendirdiği anayasaya uygunluk kararı tatmin edici olmaktan uzaktır. Nitekim karara yazılan karşı oy gerekçesinde Anayasanın 138. maddesinden böyle bir sonuç çıkarmanın mümkün olmadığı, *“kusurun mahiyeti, kaynağı ya da ‘kişisel kusur-hizmet kusuru’ gibi çeşitleri konusunda herhangi bir sınırlamaya veya istisnaya yer verilme”* diği, *“adli ve idari yargının görev kapsamının belirlenmesinde, bu şekilde ilgilinin kusurunun türü gibi subjektif kriterlere”* göre hareket edilemeyeceği vurgulanmaktadır. Karşı oy gerekçesine göre,

“Mahkemelerin bağımsızlığı’ başlığını taşıyan, Anayasa'nın 138. maddesi, dördüncü fıkrasında mahkeme kararlarının yerine getirilmesini düzenlemiştir. Buna göre, ‘Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.’ Görüldüğü gibi, mahkeme kararlarının değiştirilmeksizin ve geciktirilmeksizin yerine getirilmesi, mahkemelerin bağımsızlığı kapsamında kabul edilmiş, yasama ve yürütme organlarına bu konuda kesin bir emir verilmiştir. Hukuk devleti ilkesinin de bir gereği olan mahkeme kararlarının yerine getirilmesi, herkes için bir zorunluluk olmakla birlikte, idare için daha da farklı bir özellik arz etmektedir. Bu nedenle kanun koyucu, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesini kabul etmiştir.

Şu halde, itiraz konusu kural gereğince bir kamu görevlisinin mahkeme kararını kasten yerine getirmemesi halini görev yahut hizmet kusuru kapsamında değerlendirmek ve ona göre Anayasa'ya aykırı olup olmadığını belirlemek gerekmektedir.

Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci (fıkrası) (...) kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri her türlü kusurdan kaynaklanan tazminat davalarının muhatabının idare olduğunu açıkça ifade etmektedir. Ancak,



kusurlarıyla idareyi zarara uğratan kamu görevlisinin sorumluluğu ortadan kaldırılmamıştır. Anayasa'nın 129. maddesi uğranılan idari zararın sorumlu kamu görevlisine rücu edilmesini zorunlu kılmaktadır. Maddenin gerekçesinde bu husus, “*Kamu hizmeti görevlilerinin görevleri ile ilgili olarak kusurlu eylem ve işlemleri ile idareye verdikleri zarardan sorumlu olacakları ise esasen uygulanmakta olan bir ilkenin tekrarıdır*” şeklinde ifade edilmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararlarında belirtildiği gibi, Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrası, hem kamu görevlilerinin gereksiz davalarla karşı karşıya bırakılarak tedirgin edilmelerini engellemeyi ve kamu hizmetlerinin sekteye uğratılmadan yürütülmesinin teminini, hem de zarar görenlerin memura göre ödeme gücü çok daha yüksek olan idareye karşı dava açmak suretiyle zararlarını daha kolay telafi etmelerini sağlamayı amaçlamıştır. (Bkz. E.1992/15, K.1992/18, K.T: 18.5.1992; E.1997/16, K.1997/15, K.T: 14.4.1998). Nitekim, Anayasa'nın “*Temel hak ve hürriyetlerin korunması*” başlığını taşıyan 40. maddesi de aynı amaca yönelik paralel bir düzenleme içermektedir. Bu maddenin son fıkrasına göre, “*Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*” Aynı şekilde, Devlet Memurları Kanunu da bu sorumluluk rejimine uygun olarak, memurun görevini yerine getirirken verdiği zararlara karşı ancak ilgili kuruma dava açılacağını düzenlemiştir. Bu Kanununun 13. maddesine göre, “*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*”

Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında kusurun mahiyeti, kaynağı ya da “*kişisel kusur- hizmet kusuru*” gibi çeşitleri konusunda herhangi bir sınırlamaya veya istisnaya yer verilmemiştir. Maddede geçen “*kusur*” kavramının, sorumluluk hukuku açısından sadece kusurlu davranışı değil; kastı ve kusurun diğer türü olan ihmali de ifade edecek şekilde, “*kusurlu davranış*” anlamında kullanıldığı açıktır. Bu nedenle, itiraz konusu kuralda geçen “*kasten*” ibaresinden hareketle, kuralı Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen sorumluluk rejiminin dışına çıkarmak mümkün değildir.

Mahkeme kararının kasten yerine getirilmemesi halinde, kamu görevlisinin kastı aslında bir kişisel kusurdur. Ancak bu durum, onu hizmet kusuru olmaktan çıkarıp, görevle ilişkisi olmayan kişisel kusur haline getirmez. Mahkeme kararı, kasıtlı da olsa, yine görev kapsamında yerine getirilmemiştir. Bu gibi durumlar için ayrıca “*görev kusuru*” kavramı da kullanılmaktadır.

Görev kusuru da, hizmet kusurunun bir tezahür şeklidir. Kamu görevlisinin kusurlu davranışı yahut kusurun türü, o fiilin suç teşkil edip etmemesinde veya kusurlu kamu görevlisine rücu davasında etkili olabilir. Ancak, kamu görevlisi görevini yerine getirirken kasıtlı olarak hukuka aykırı davranıp, üçüncü kişilere zarar vermişse, bu kasıt o fiili görevden bağımsız hale getirici bir etkiye sahip değildir.

(...)

Diğer yandan, itiraz konusu kuralla getirilen sorumluluk rejiminde, mahkeme kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin kusur türü, açılacak tazminat davasının nerede ve kime karşı açılacağı belirlenmesinde etkili olmaktadır. Buna göre, eğer kamu görevlisi kasıtlı ise, davacının tercihine göre, dava idari yargıda idare aleyhine yahut adli yargıda kamu görevlisi aleyhine açılacaktır. Kamu görevlisi, kasıtlı değil de kusurlu olarak mahkeme kararını yerine getirmemişse, bu takdirde dava sadece idari yargıda idare aleyhine açılabilecektir. Oysa, adli ve idari yargının görev kapsamının belirlenmesinde, bu şekilde ilgilinin kusurunun türü gibi subjektif kriterlere göre değil, taraflar ve işlemin niteliği gibi tümüyle objektif kriterlere göre hareket edilmektedir.”

Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti ilkesi ve bu ilke çerçevesinde yargı kararlarının uygulanması zorunluluğuna yaptığı vurgu elbette böylesine tartışmalı bir alanda temel hareket noktasını oluşturmalıdır. Ancak Anayasanın 138. maddesi, yalnızca idareye değil yasama ve yürütme organlarına da yöneliktir. Bu çerçevede, yasama organının da mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu ve bu konuda bir “*seçim hakkı*” olmadığı açıktır. Bu durumda yasama organı üyelerinin de bu konuda kişisel sorumluluğu yoluna gidilebilmesi mümkün olacaktır.

Anayasa Mahkemesinin yargı kararlarını uygulamak konusunda bir “*seçim hakkı*”ndan bahsetmekle sorunu özel hukuk alanına taşıdığı tespit edilebilir. İdarenin kamusal faaliyeti dikkate alındığında “*hak*”tan değil “*yetki ve görev*”den, “*seçim hakkı*”ndan değil ancak “*takdir yetkisi*”nden bahsedilmesi gerekir. Bu açıdan da klasik olarak yargı kararlarının uygulanmasında ve genelde “*bağlı yetki*” ve bağlı yetkinin denetimine ilişkin yaklaşımlar devreye girmektedir. Kamu görevlilerinin bağlı yetkinin olduğu durumlarda hukuka aykırı işlem ve eylemleri, bunların idariliğini kaldırıcı bir sonuç doğurmaz. Kaldı ki Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı doğrultusunda belirtilmelidir ki, kamu görevlilerinin yalnızca yargı kararlarını uygulamak açısından değil, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde idarenin kanuniliği ilkesinden kaynaklanan biçimde hiçbir idari faaliyet sırasında hukuka aykırı davranma konusunda bir “*seçim hakkı*” bulunmamaktadır. Soruna bu noktadan yaklaşıldığında kamu görevlilerinin

her türlü hukuka aykırı işlem ve eylemler nedeniyle şahsen sorumlu olacağı, dolayısıyla idarenin sorumluluğu yoluna gidilemeyeceği sonucuna varılabilir. Bir başka ihtimal de, idarenin yargı kararlarının kamu görevlilerince kasten uygulanmamasından kaynaklanan sorumluluğunu “kusursuz sorumluluk” içine yerleştiren yaklaşımların<sup>[52]</sup> yaygınlık kazanarak burada ancak idarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesidir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararına kadar, kamu görevlilerinin kişisel sorumluluğu, kişisel kusurlarının hizmetten/görevden ayrılabilir olup olmadığı ile temellendirilmeye ve idarenin kamusal sorumluluk sistemine bu noktadan bir istisna oluşturulmaya çalışılıyordu. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu kararı, sorunu kişisel kusurun sınırlarının nerede çizileceği, kapsamının ne olacağı tartışmasından çıkararak genelleştirmekte ve Anayasada belirlenen sorumluluk sistemini istisnalaştırmaktadır. Bu durumda örneğin İdari Yargılama Usulü Kanununun 28/4. maddesindeki idari yargı kararını kasten uygulamayan kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu yoluna gidilebileceği kuralının yasa-koyucu tarafından kaldırılması durumunda bile değişen bir şey olmayacak ve kasıt gerekçesine dayanılarak kamu görevlilerine adli yargıda tazminat davası açılacaktır: Anayasanın 138. maddesi, yargı kararlarının uygulanmaması durumunda kamu görevlilerinin kişisel sorumluluğunun temelini oluşturan hüküm haline getirilmiştir. Karşı oyda vurgulandığı üzere, kasıt gibi subjektif bir unsurun adli yargı ile idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılması sorunu ise, bu durumda, ikincil bir önemdedir. Anayasanın 138. maddesi karşısında manevi unsurun ne olduğu tartışma dışı kalacaktır.

#### IV. SONUÇ

İdari yargı kararlarının uygulanmaması sorununa bir çözüm olma umuduyla, kamu görevlilerinin kişisel sorumluluğu yoluna gidilmesi ve bunun idari sorumluluk sistemi içinde istisnai karakterde öngörülmesi anlaşılabilir bir yaklaşımdır. Böyle bir sorumluluk oluşturulması için Anayasa düzeyinde bir istisna oluşturulmaksızın sorunun yargı kararları yoluyla çözümü, mantıksal sonuçları itibarıyla genel idari sorumluluk sistemini de etkileyecektir.

Sorunun hizmet kusuru – kişisel kusur ayrım çerçevesinde değerlendirilmesi ve hizmetten ayrılabilen kusurların salt kişisel kusur kabul edilerek kamu görevlilerinin kişisel sorumluluğuna yol açması, mevzuatın açık hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla kabul edilebilecek bir yaklaşımdır. Nitekim bu tür yaklaşımlar, aslen kamu görevlilerinin kusurları nedeniyle sorumluluklarının mevzuatta düzenlenmediği bir dönemin ürünüdür. Konunun, yasalarda ve

[52] Bkz. ALTAY, a.g.e., s. 295 vd.

Anayasada düzenlenmiş olmasına karşın, açık hükümlerin yorum yoluyla aşılmaya çalışılması, hukukun yalnızca yargı yerlerinin yorumuyla düzeltilebileceğine ilişkin iyimserliği bir yana, yasama faaliyetini de değersizleştirmektedir.

İdari yargı kararlarını uygulamayan kamu görevlilerinin kişisel sorumluluğu meselesi, genel olarak idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemleri ve bunların sorumlusunun kim olacağına ilişkin tartışmadan bağımsız olarak ele alınmaz. Bu alanda kişisel sorumluluğun kabulü ve bunun genişliği, genel olarak kamu görevlilerinin sorumluluğunun temeli ve kapsamını da belirlemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararı, yalnızca idari yargı kararlarının uygulanmamasından kaynaklanan sorumlulukla sınırlı kalmayıp kişisel kusuru kamu görevlileri açısından geniş ve genel, sınırları nesnel olarak belirlenemeyecek bir sorumluluk nedenine dönüştürmekte ve idari sorumluluk alanının daraltmaktadır. Bu da idari sorumluluk sistemi içinde istisnai kabul edilebilecek bir kuralın giderek asıl kural haline dönüşmesine yol açmaktadır. Bu durumda, idari kusur başta olmak üzere, idari işlem, idari eylem ve bunların hukuka aykırılıkları gibi idare hukukunun temel kavram ve kurumlarının adli yargı organları tarafından tartışılması ve idarenin görev ve faaliyetlerine ilişkin karar verilmesi gerekecektir.

Kamu görevlilerinin kişisel kusurları ve bundan kaynaklanan sorumlulukları, ancak idari yargı yerlerince idarenin kusurlu olmadığına hükmedilebilecek durumlarda sözkonusu olabilir. Kamu görevlisine atfedilebilen işlem ya da eylemlerden idare de idare hukuku kuralları ve idari sorumluluk çerçevesinde sorumlu tutulabiliyorsa, hizmetten ayrılabilir bir kişisel kusurdan bahsedilmesi mümkün değildir. Hukuka aykırı işlem ya da eylemlerin de ancak yetki kullanılması çerçevesinde gerçekleştirilebilmesi, sorunun idareye bağlanması için yeterli görülmelidir.

## KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar : “Yargı Kararlarının yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1-2, Y. 2007, s. 449-469.

ALTAY, Evren : İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

DURAN, Lütfi : “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, AÜSBF ve TODAİE Yayını, Ankara 1974, s. 59-120.

DURAN, Lütfi : Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, TODAİE Yayınları, Ankara 1974.

DURAN, Lütfi : “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu”, Amme İdaresi Dergisi, C. 17, S. 2, 1984, s. 3-20.

GÖZLER, Kemal : İdare Hukuku, Cilt II, İkinci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa Ekim 2009.

GÜNDAY, Metin : İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.

KAYA, Cemil : İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştay’ın Yaklaşımı (İYUK Madde 28 Üzerine Bir İnceleme), Legal Yayıncılık, İstanbul 2011.

OZANSOY, Cüneyt : Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1989.

SARICA, Ragıp : “İdare Ajan ve Memurlarının Şahsi Kusurlarından Dolayı Şahsan Mesul Tutulmalarının Hukuki Mesnetleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XV, S. 1, 1949, s. 34-54.

SARICA, Ragıp : Hizmet Kusuru ve Karakterleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XV, S. 4, 1949, s. 859-895.

ULER, Yıldırım : İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, AÜHF Yayınları No: 281, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

YILMAZ, Serdar : İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Zorunluluğu ve Bu Kararların Uygulanmamasına Karşı Öngörülen Hukuksal Önlemler, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2009.

