

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan “...kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan “...kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir” ibaresinin, Anayasa'ya aykırılık taşıdığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurdu. Talebi inceleyen Anayasa Mahkemesi, iptal istemini reddetti. Yüksek Mahkeme'nin ret gerekçesi Resmi Gazete'nin bugünkü sayısında yayımlandı. Gerekçeli kararda, iptali istenen düzenleme ile Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğunun, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak 30 günü geçemeyeceğinin belirtildiği kaydedildi. İptali istenen yasa ile 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 açılmasının hüküm altına alındığının ifade edildiği gerekçeli kararda, iptali istenen fıkra ile mahkeme kararlarının 30 gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgilinin, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabileceğinin öngörüldüğü belirtildi.

Gerekçeli kararda, iptali istenen hükümle, idarenin yanı sıra, mahkeme kararını kasten uygulamayan kamu görevlisinin sorumluluğu da kabul edildiği vurgulandı. Kararda, hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarının

uygulanmasının, hukuk devleti ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan hukuka bağlı idare anlayışının gereği olduğu vurgulandı. Düzenlemeye göre kamu görevlilerinin mahkeme kararlarını yerine getirmek zorunda olduğuna, bu konuda seçim haklarının bulunmadığına dikkat çekildi. Kararda, “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. Düzenleme Anayasa’nın 129. maddesine aykırı değildir” denildi.

11 Aralık 2012 SALI

Resmî Gazete

Sayı : 28494

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2012/22

Karar Sayısı : 2012/133

Karar Günü : 27.9.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

İTİRAZIN KONUSU : 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan "...kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir." ibaresinin, Anayasa'nın 129. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir

I- OLAY

İdari yargı kararının uygulanmaması nedeniyle açılan manevi tazminat davasının kısmen kabulüne ilişkin kararın, davalı vekili tarafından temyizi üzerine itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"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 açılabilir.” 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 açılabilmesi 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."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 28. maddesi şöyledir:

"Kararların sonuçları:

Madde 28- 1. (Değişik:10/6/1994-4001/13 md.) 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.

2. (Değişik: 2/7/2012 – 6352/58 md.) Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekalet 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 belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.

3. 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.

4. 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.

5. Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe bildirilir.

6. (Değişik: 2/7/2012 – 6352/58 md.) Tazminat ve vergi davalarında idarece, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreye 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48 inci maddesine göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanacak faiz ödenir. Ancak mahkeme kararının davacıya tebliği ile banka hesap numarasının idareye bildirildiği tarih arasında geçecek süre için faiz işlemez.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa’nın 129. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 15.3.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Anayasa Mahkemesi Raportörü Ayşegöl ATALAY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşölüp düşünölü:

Başvuru kararında, Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanmalarından kaynaklanan zararlar nedeniyle kendilerine tazminat davası açılmayacağıının belirtildiğı, Anayasa'da bunun istisnasının da düzenlenmediğı, ancak, itiraz konusu ibare ile Anayasa'nın bu hükmünün aksine kamu görevlisine karşı dava açma hakkının tanındığı, bu nedenle, itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasına aykırı olduğı ileri sürölümüştür.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasında; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğı, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceğı, ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edileceğı belirtilmektedir. Maddenin üçüncü fıkrasında; 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 açılabileceği hüküm altına alınmaktadır. Maddenin itiraz konusu ibarenin de bulunduğu dördüncü fıkrasında ise; mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgilinin, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabileceği öngörülmektedir. Bu hüküm uyarınca, idarenin yanı sıra, mahkeme kararını kasten uygulamayan kamu görevlisinin sorumluluğu da kabul edilmiş olmaktadır.

Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında; "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." denilmektedir.

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 işlemleri 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.

Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ve Zühtü ARSLAN bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan "...kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ile Zühtü ARSLAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUGUYLA, 27.9.2012 gününde karar verildi.

Başkanvekili

Serruh KALELİ

Başkanvekili

Alparslan ALTAN

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

Üye

Mehmet ERTEN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 28. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir: "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."

Mahkememiz çoğunluk görüşünde, kamu görevlisinin mahkeme kararlarını yerine getirip getirmeme konusunda bir takdir yetkisinin olmadığı ve kasıtlı olarak mahkeme kararının yerine getirilmemesinin Anayasa'nın 129. maddesi kapsamı dışında bırakıldığı gerekçesi ile itiraz konusu kural Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır.

"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 fıkrasına 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 hüküm, 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 Kanunun 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.

Doktrinde de, kamu görevlisinin yargı kararlarını yerine getirmemesinin bir kişisel kusur olmakla birlikte bu kusurun kendisine kanunla verilen yetki kullanılırken işlenmiş olduğu, buradan kaynaklanan bir zararın tazmini için Anayasa’nın 129. maddesinin beşinci fıkrası gereğince ancak idareye karşı dava açılabileceği, dolayısıyla 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa’ya aykırı olduğu yönündeki görüş büyük ölçüde benimsenmiştir. (Örneğin bkz. Metin Günday, İdare Hukuku, Ankara: İmaj Yayınevi, 2011, s. 378; Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt II, 2. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın

Dağıtım, 2009, s.1143).

Diğer yandan, itiraz konusu kuralla getirilen sorumluluk rejiminde, mahkeme kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin kusur türü, açılacak tazminat davasının nerede ve kime karşı açılacağıının belirlenmesinde etkili olmaktadır. Buna göre, eğer kamu görevlisi kasıtlı ise, davacının tercihinine 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.

Bu gerekçelerle, dava konusu kuralın Anayasa'nın 129. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, çoğunluk görüşüne katılmıyoruz

Başkanvekili

Alparslan ALTAN

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Zühtü ARSLAN