

T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

İDARENİN MANEVİ TAZMİNAT SORUMLULUĞU
YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN
PROF. DR. RAMAZAN YILDIRIM

HAZIRLAYAN
SAFİYE YILMAZ

KONYA 2011

BİLİMSEL ETİK SAYFASI

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

SAFİYE YILMAZ

YÜKSEK LİSANS TEZİ KABUL FORMU

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan “İdarenin Manevi Tazminat Sorumluluğu” başlıklı bu çalışma 14.03.2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvanı, Adı Soyadı	Danışman ve Üyeler	İmza
Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM	Danışman	
Prof. Dr. Mehmet AYAN	Üye	
Yrd. Doç. Dr. Süleyman ÜSTÜN	Üye	

ÖNSÖZ

Teknik ve kitle haberleşme araçlarındaki baş döndürücü buluş ve gelişmeler ve sosyal ilişkilerde, hayat şartlarında giderek daha da yoğun bir hal alan karmaşıklık kişilik değerlerinin ihlalini eskiye oranla daha fazla arttırmıştır. Bu durum da kişilik haklarını korumaya yönelik bir kurum olan manevi tazminat kurumunun önemini ve etkinliğini arttırmıştır. Bu çalışmada, manevi tazminat kurumu idarenin sorumluluğu kavramı ile birlikte incelenmiştir.

Bu çalışmayı hazırlamamda emeği geçen sayın tez danışmanım Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM'a ve TÜBİTAK'a, hiçbir desteği esirgemeyen eşime ve aileme teşekkürlerimi sunarım.

Safiye YILMAZ

Mart 2011

Öğrencinin	Adı Soyadı	SAFİYE YILMAZ			
	Numarası	084234001018			
	Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU/KAMU HUKUKU			
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	<input type="checkbox"/>	Doktora	<input type="checkbox"/>
	Tez Danışmanı	Prof. Dr. RAMAZAN YILDIRIM			
	Tezin Adı	İDARENİN MANEVİ TAZMİNAT SORUMLULUĞU			

ÖZET

Manevi tazminat kavramı, ölüm, cismani zarar ve kişilik haklarına saldırı halinde duyulan acı ve ıstırapların tatmin edilmesi gerektiği düşüncesiyle doğmuştur. Tüm özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri gibi, idare de, yaptığı eylem ve işlemlerden dolayı verdiği manevi zararları tazmin etmek durumunda kalacaktır. Ancak, tazminat talebinde bir yandan zarar verenin kamu gücünü kullanan bir kamu tüzel kişisi olması, diğer yandan idarenin temel amacının kamu yararını gerçekleştirmek olması durumu manevi tazminat sorumluluğunun özel hukuka göre kimi yerde genişlemesine, kimi yerde de daralmasına neden olacaktır.

Bu çalışmamızda, idarenin faaliyetlerinden dolayı manevi tazminat sorumluluğu anlatılmaya çalışılmıştır. İdarenin bu sorumluluğu, asli ve birinci dereceden bir sorumluluktur. İdarenin manevi zarardan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, idareye atfedilebilir, hukuka aykırı ve (kusursuz sorumluluk halleri dışında) kusurlu bir eylem veya işlemin neden olduğu manevi bir zarar bulunmalıdır. İdari yargıda manevi tazminat istemiyle açılacak dava bir tam yargı davasıdır.

Öğrencinin	Adı Soyadı	SAFİYE YILMAZ		
	Numarası	084234001018		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU/KAMU HUKUKU		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	<input type="checkbox"/>	Doktora <input type="checkbox"/>
	Tez Danışmanı	Prof. Dr. RAMAZAN YILDIRIM		
	Tezin İngilizce Adı	THE RESPONSIBILITY'S DAMAGES FOR MENTAL ANGUISH OF THE ADMINISTRATION		

SUMMARY

The concept of damages for mental anguish, with the thought of the need to satisfy the pain and the misery felt in condition of death, bodily harm and the attack on personality rights. As all the private law real and juristic person, administrations will damages for mental anguish they have given because of the actions and operations they have done. However in the demond of indemnity one hand, administration that gives harm is a public juristic person, on the other hand its basic air is realizing the public interest. According to the private law the the responsibility of damages for mental anguish is some where caused to extension or restriction by this situation.

In this work, the damages for mental anguish responsibility of the administration arising from the actisities of it, is expined. This is a essential and primary responsibility of administration. In order to be the damages for mental anguish responsible, there must be a moral damage attribsted to the administration, contrary to the law and caused by a detective action or operation. In the administrative judge the lawsuit which is opened with the demond of damages for mental anguish, is a full remedy action.

İÇİNDEKİLER

BİLİMSEL ETİK SAYFASI	I
YÜKSEK LİSANS TEZİ KABUL FORMU.....	II
ÖNSÖZ	III
SUMMARY	V
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR.....	X
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN SORUMLULUĞU VE MANEVİ TAZMİNAT

I. HUKUKİ SORUMLULUK KAVRAMI	3
A. MEDENİ SORUMLULUK	4
1. Hukuki İşlemden Doğan Sorumluluk	4
2. Hukuki İşlem Dışı Sorumluluk	5
B. İDARİ SORUMLULUK.....	7
II. MANEVİ TAZMİNAT	11
B. TAZMİNAT KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ	12
C. MANEVİ TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	15
1. Ceza Görüşü	15
2. Sembol Görüşü	16
3. Tatmin Görüşü	16
D. MANEVİ TAZMİNATIN MADDİ TAZMİNATTAN FARKI.....	19
III. İDARENİN MANEVİ TAZMİNAT SORUMLULUĞU	20

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN MANEVİ TAZMİNAT SORUMLULUĞU İÇİN GEREKEN ŞARTLAR30

I. İDARENİN EYLEM VEYA İŞLEMİ	30
A. İDARİ İŞLEM	30

1. Yapıcısının İdare Olması	31
2. İdari Faaliyetin Yürütülmesi Amacıyla Yapılması.....	32
3. Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Kullanılması.....	33
4. Tek Yanlı İrade Açıklamasının Ürünü Olması.....	33
5. Kesin Olması	34
6. İcrailik.....	34
B. İDARİ EYLEM.....	34
II. MANEVİ ZARAR	35
A. GENEL OLARAK.....	35
B. MANEVİ ZARARIN ÖZELLİKLERİ	37
1. Ortada Bir Manevi Zarar Olmalıdır	37
2. Manevi Zarar “Gerçekleşmiş” Olmalıdır:	38
3. Manevi Zarar “Kesin” Olmalıdır:.....	39
4. Manevi Zarar “Hukuken Korunan Bir Menfaat”e Yönelik Olmalıdır:.....	39
5. Manevi Zarar “Özel” Olmalıdır:.....	40
III. HUKUKA AYKIRILIK	41
IV. KUSUR	44
A. KUSUR İLKESİ	44
B. HİZMET KUSURU	44
1. Özellikleri	46
a. Hizmet Kusurunun Bağımsız Oluşu	46
b. Hizmet Kusurunun Asli Sorumluluk Sebebi Oluşu.....	47
c. Hizmet Kusurunun Objektif Bir Sorumluluk Kavramı Oluşu	48
d. Hizmet Kusurunun Esnek Oluşu	50
2. Hizmet Kusuru Sayılan Durumlar	51
a. Hizmetin Kötü İşlemesi	51
b. Hizmetin Hiç İşlememesi	52
c. Hizmetin Geç Veya Yavaş İşlemesi	53
3. Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru	55

C. KUSURSUZ SORUMLULUK DURUMLARI	56
1. Medeni Hukuk Bakımından Kusursuz Sorumluluk.....	56
2. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu	56
a. Risk İlkesi	57
(1) Tehlikeli Şeyler ve Yöntemler	59
(2) Sosyal Risk.....	60
b. Kamu Külfetleri Karsısında Eşitlik Veya Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi	62
V. İLLİYET BAğI	64
A. İLLİYET BAğINI AÇIKLAYAN TEORİLER.....	66
1. Şart Teorisi	66
2. Uygun İlliyet Bağı Teorisi.....	66
B. İLLİYET BAğINI KESEN HALLER.....	68
1. Mücbir Sebep.....	68
2. Beklenmeyen Hal	71
3. Zarar Görenin Davranışı.....	74
4. �ç�nc� Kişinin Davranışı	74

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARE ALEYHİNE AÇILACAK MANEVİ TAZMİNAT DAVASI VE BELİRLENECEK MANEVİ TAZMİNATIN NİTELİKLERİ	
I. MANEVİ TAZMİNAT İSTENEBİLECEK HALLER.....	77
A. ÖLÜM HALİNDE MANEVİ TAZMİNAT	77
B. CİSMANİ ZARAR HALİNDE MANEVİ TAZMİNAT	83
C. KİŞİLİK HAKLARININ İHLALİ.....	86
D. MALVARLIğINA YÖNELİK ZARARLAR.....	91
II. MANEVİ TAZMİNAT İSTEME HAKKINA SAHİP OLANLAR	92
A. DOğRUDAN ZARAR GÖRENLER.....	93
B. DOLAYLI ZARAR GÖRENLER.....	94
III. İDARE ALEYHİNE MANEVİ TAZMİNATIN TAYİNİ.....	96

A. İDARE HUKUKUNDA MANEVİ TAZMİNATIN TAYİNİNE İLİŞKİN İLKELER	97
1. Nakden Tazmin İlkesi	97
2. İdare Sorumlu Olduğundan Daha Fazlasına Mahkûm Edilemez ..	100
3. İstenilenden Fazlasına Hükmedilemez (İstemle Bağlılık Kuralı)..	100
B. ZARARIN VE TAZMİNATIN HESAPLANMASI	101
1. Gerçek Zararın Tazmin Edilmesi	101
2. Manevi Tazminat Miktarının Tespitinde Hâkim Tarafından Dikkate Alınacak Faktörler	103
IV. MANEVİ TAZMİNATA FAİZ YÜRÜTÜLMESİ.....	106
V. MANEVİ TAZMİNATIN DEVRİ VE MİRASÇILARA İNTİKALİ..	109
VI. MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNİN BÖLÜNMESİ VE TALEBİN ARTIRILMASI.....	111
VII. İDARE ALEYHİNE AÇILACAK DAVA VE YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME	113
VIII. MANEVİ TAZMİNAT İLAMLARININ YERİNE GETİRİLMESİ	117
SONUÇ.....	119
KAYNAKLAR	126

KISALTMALAR

AYİM	:Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYİMD	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi
BK.	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas Numarası
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar Numarası
m.	: madde
msb	: Milli Savunma Bakanlığı
S.	: Sayı
s.	: sayfa
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire
TBK	: Türk Borçlar Kanunu

GİRİŞ

İdarenin hukuki sorumluluğu, idari faaliyetlerden dolayı veya bu faaliyetleri yürütürken meydana gelen zararları gidermeyi amaç edinen bir kurumdur. Bir hukuk devletinde idarenin hukuka uygun eylem ve işlemler yapması gerekir. Hukuka aykırı eylem ve işlemlerde bulunursa da, bu eylem ve işlemler çeşitli yaptırımlarla karşılaşır. Bu nedenle, 1982 Anayasası da 1961 Anayasası ile paralel olarak idarenin sorumluluğu konusu 125. maddesinin son fıkrasında “*İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” şeklinde düzenlenmiştir. Böylece, Anayasa, idarenin yaptığı faaliyetlerden dolayı kişilerin gördüğü zararların, kamu hukuku ya da özel hukuk ayırımı yapmaksızın, karşılanması gerektiğini kabul etmiştir.

Bu çalışmanın amacı, idarenin manevi tazminat sorumluluğunun nasıl oluştuğu, idarenin sorumluluğunun kapsamının belirlenmesinde hangi kıstaslardan hareket edildiğini belirlemek, gerek sorumluluk gerekse manevi tazminat bakımından idare hukukunun özel hukuka benzer ve farklı yanlarını ortaya koymak, içtihatlar ile eksiklikleri ve olması gerekenleri belirlemektir.

Bu çalışmayı yaparken karşılaştığım en büyük zorluk, idari yargıda manevi tazminat konusunun ikincil derecede kalması yani, maddi tazminat konusu, hem Doktrin, hem de yargı kararlarında ön planda iken, incelenen birçok kitap ya da makalede manevi tazminat konusuna, maddi tazminatın yanında ve oldukça sınırlı yer ayrılmasıdır. Buna rağmen, son yıllarda idarenin manevi tazminat sorumluluğu konusunda yapılan çalışmaların arttığı da gözlemlenmiştir.

Çalışmamızda, tüme varım yöntemi kullanılmak suretiyle teorik bilgilerin yanı sıra, çokça yargı kararı eklenerek uygulamanın da ortaya konulmasına gayret gösterilecek, yeri geldikçe özel hukuka ilişkin teori ve uygulamalara da yer verilerek, manevi tazminat konusu tüm boyutlarıyla incelenecektir.

Çalışma, üç bölümden oluşacaktır.

Birinci bölümde, öncelikle sorumluluk kavramı medeni ve idari sorumluluk ekseninde anlatılacak, daha sonra manevi tazminat kavramı hakkında bilgi verilip manevi tazminat kavramının hukuki niteliği konusundaki görüşlere yer verilecektir.

İkinci bölümde ise, idarenin sorumluluğunun oluşumu için gerekli şartlar ele alınacaktır. Bu kapsamda, -özel hukukta sorumluluğun ele alınış tarzına uygun olarak- idarenin bir eylem veya işleminin varlığı, bu eylem veya işlemin hukuka aykırı ve kusurlu olması, manevi bir zararın bulunması ve zarar ile eylem veya işlem arasında illiyet bağının bulunması şartları, idare hukukuna özgü kurallar ve uygulamalar ışığında anlatılacaktır.

Üçüncü bölümde ise, manevi tazminat sorumluluğu şartları doğduktan sonra, kimlerin manevi tazminat talep hakkına sahip oldukları içtihatlarla örneklendirilerek anlatılarak, manevi tazminat miktarının nasıl tayin ve tespit edileceği, manevi tazminata faiz uygulanıp uygulanmayacağı ve manevi tazminatın devri ve mirasla intikali konuları incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN SORUMLULUĞU VE MANEVİ TAZMİNAT

I. HUKUKİ SORUMLULUK KAVRAMI

Gündelik hayatta sorumluluk ifadesi farklı anlamlarda kullanılır. Bazen üstlenilen işin ya da görevin gereklerini bilmek, hissetmek ve bu gereklere uygun olarak hareket etmek zorunluluğu anlamında kullanılır. Bazen de sorumluluk, bir başarısızlığın veya haksız bir eylemin sonuçlarına katlanma gerekliliğini anlatır.¹ Hukuki olarak sorumluluğun ise, birbirlerinden farklı iki anlamı vardır. Bunlardan ilki alacaklının borçluya ait mal varlığına zorla başvurarak alacağın yerine getirilmesini sağlama gücünü, ikincisi ise, genel davranış kurallarına veya kendisine ait olan bir borca aykırı davranan kişinin, bu eylemi ile verdiği zararı tazmin etme zorunluluğunu ifade eder. Bu anlamı ile sorumluluk tazminat borcunun kaynağıdır.²

Hukukta sorumluluk kavramının, “siyasi sorumluluk”, “cezai sorumluluk” ve “hukuki sorumluluk” olmak üzere değişik türleri vardır. “Siyasi sorumluluk”; yürütme gücünü elinde bulunduran, yönetenlerin yönetilenlere karşı olan sorumluluğudur. Parlamenter sistemde yürütmenin bir kanadını elinde bulunduran Devlet Başkanının siyasi olarak sorumluluğu bulunmazken, bu gücün kullanılması nedeniyle sorumluluk yürütmenin diğer kanadı olan Başbakan ve bakanlara aittir. Başbakan ve bakanlar halkın temsilcilerinden oluşan Parlamente'ye karşı sorumludur. Merkezi idare dışındaki yerinden yönetim birimlerinin ise, idari eylem ve işlemlerinden dolayı siyasi sorumluluğu yoktur. “Cezai sorumluluk”; kişilerin ceza kanunlarına aykırı davranışları nedeniyle ortaya çıkan sorumluluktur. Cezai sorumluluk gerçek kişilere özgü bir sorumluluk olduğu için idarenin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır.³ Hukuki sorumluluk da denilen “mali sorumluluk” veya daha doğru ifadeyle “malvarlığı sorumluluğu” ise, en geniş anlamıyla, bir

¹ TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s. 18.

² OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2010, s. 13–14.

³ ÖNDER, Arife, **İdarenin İdari Eyleminden Doğan Sorumluluğu**, Kırıkkale 2006, (Yayınlanmamış Master Tezi), s. 7.

kişinin diğer kişiye verdiği zararın, zarar verenin malvarlığına devlet aracılığıyla cebren el konulmak suretiyle tazmin edilmesi demektir. Bu durumda mali sorumluluğun müeyyidesi bir kişinin mal varlığından bazı değerlerin diğer kişinin mal varlığına geçmesidir ki bu çoğunlukla aynen teslim veya tazminat olarak ortaya çıkar.⁴ Mali sorumluluk, “medeni sorumluluk” ve “idari sorumluluk” olmak üzere ikiye ayrılır.

A. MEDENİ SORUMLULUK

“Medeni sorumluluk” kişilerin, özel hukuk alanındaki mali sorumluluğudur. Bu en geniş anlamıyla, bir kişinin diğer kişiye özel hukuk alanında verdiği zararı karşılaması demektir.⁵ Özel hukuk alanında kişilerin sorumluluğu “borç ilişkisi”nden kaynaklanır. Borç ise çeşitli sebeplerden doğabilmektedir. Borçlar, kaynakları açısından “...den sorumluluk” olarak ifade edilebilir.⁶ “...den sorumluluk”, borcun kaynağı yani sebebinin ne’den doğduğuna göre belirlendiği için bu şekilde isimlendirilmiştir. Borçlar doğdukları sebebe bağlı olarak, Roma Hukukundan beri yerleşmiş olan ayırımı göre; “sözleşmeden doğan borçlar” ve “haksız fiilden doğan borçlar” olarak ikiye ayrılmaktadır. Birinci kategoriye, sözleşme dışında da irade ile borç altına girilebildiği için “Hukuki işlemden doğan borçlar”, ikinci kategoriye zamanla haksız fiiller dışında başka sebepler de ilave edildiğinden “hukuki işlem dışı borçlar” denilmeye başlanmıştır.⁷

1. Hukuki İşlemden Doğan Sorumluluk

Özel hukukta irade serbestliği kuralı geçerlidir. Kişi ancak istiyorsa, karşılıklı iradelerin de uyuşması halinde borç altına girebilir, hak sahibi olabilir Bu tür borç ilişkileri sadece iki taraflı bir hukuki işlem olan sözleşmeden değil, vasiyetname, ilan suretiyle vaat gibi tek taraflı hukuki işlemlerden de doğabilir.⁸ Ayrıca iki taraflı

⁴ GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. II., 2. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları 2009. s. 1011.

⁵ EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Onikinci Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2010, s. 81.

⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 14.

⁷ EREN (Borçlar Hukuku), s. 107–109.

⁸ EREN (Borçlar Hukuku), s. 109.

hukuki işlem olan sözleşme yanına bir hukuki ilişkinin bir tarafında birden fazla kişi olmasına rağmen işlemin bunlar tarafından birlikte yapılmış olduğu toplu hukuki işlemleri⁹ de ekleyebiliriz. İşte, hukuki işlem yapıldıktan sonra irade serbestliği kuralı yerini sözleşmeye uygun hareket etme yükümüne bırakır ve kişinin borçlarını yerine getirmesi, sözleşmeye uygun davranması gerekir. Bundan sonra kişinin hukuki işleme aykırı her tür hareketi (sorumluluğu ortadan kaldıran sebeplerin bulunmuyor ise) hukuki işlemde doğan sorumluluğu doğurur.

İdarenin özel hukuka ait hukuki işlemlerinden doğan alacak ve borçlarına ilişkin uyuşmazlıklar da adli yargıda çözümlenecektir. Danıştay da bir kararında¹⁰, kira sözleşmesinin ancak adli yargı kararı ile feshedilebileceğini kabul etmiştir.

Özel hukuk sözleşmelerinin adli yargıda bakılmasının bir sonucu da, idarenin özel hukuka ait hukuki işlemlerinden doğan alacaklarını 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca re'sen tahsil yoluna gidemeyeceğidir. Nitekim Danıştay bir kararında¹¹, irtifak hakkı tesis bedelinin zamanında ödenmediğinden bahisle idarece düzenlenen ödeme emrinin, alacağın bir özel hukuk sözleşmesinden doğduğu için ödeme emri ile takip edilemeyeceği gerekçesiyle iptali yolundaki yerel mahkeme kararını onamıştır.

2. Hukuki İşlem Dışı Sorumluluk

Sorumluluk, taraf iradesinden bağımsız olarak kanunda belirlenen şartların somut olayda gerçekleşmesinden doğmaktaysa, bu tür borç ilişkilerine de “doğrudan doğruya kanundan doğan borç ilişkileri” denir. Aslında, hukuki işlemde doğan borç ilişkileri de bir şekilde kanuna dayanmaktadır. Ancak, bunlar, “doğrudan doğruya” değil, yalnızca “dolaylı” olarak kanundan doğmaktadır. Zira hukuki işlemlerin dayandıkları irade serbestisi ve irade serbestisinin sınırları da, hukuk düzeninin taraflara tanıdığı bir yetkiden kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, hukuk düzeni,

⁹ HATEMİ, Hüseyin, **Medeni Hukuka Giriş**, 4. Bası, İstanbul 2010, s. 147.

¹⁰ Danıştay 10. Dairesi, 13.06.2007, E:2004/2002, K:2007/3294, <http://www.danistay.gov.tr>, (29.11.2010).

¹¹ Danıştay 10. Dairesi, 24.06.1993, E:1991/3917, K:1993/2687, <http://www.danistay.gov.tr>, (29.11.2010).

hukuki işlemlerde taraf iradelerine uygun hukuki sonuçları, taraflar istedikleri için gerçekleştirmekte, böylece hukuki işlemlerden doğan borçlar da dolaylı olarak kanuna dayanmaktadır. Buna karşılık, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden, vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan borçlar “doğrudan kanuna dayanan borçlar”dır. Zira bütün bu ilişkilerde taraf veya tarafların hukuki işlem yapma iradeleri bulunmamakla birlikte, sadece kanunun öngördüğü şartlar gerçekleştiği için borç ilişkisi doğmaktadır.¹²

İdarelerin hukuki işlem dışı sorumluluklarına dair davalar adli yargıda görülür. Danıştay bir kararında¹³, “*Davacı herhangi bir yargı kararı veya yetkili makamca verilmiş tahliye kararı olmadığı halde Zilyet olarak bulunduğu taşınmazdaki binaların idare elemanlarınca yıkıldığını iddia etmektedir. Bu haliyle uyuşmazlık bir idari eylemden değil haksız fiil iddiasından kaynaklanmakta olup uyuşmazlığın görüm ve çözümü adli yargının görev alanına girmektedir. Bu durumda haksız fiil niteliğindeki eylem nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle idari yargıda açılan davanın uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevli olduğu gerekçesiyle reddedilmesi gerekirken işin esasına geçilerek karar verilmesinde hukuki isabet görülmediğine*” hükmetmiştir. Danıştay başka bir kararında da, kamulaştırma yapılmaksızın bir taşınmaza el atılması nedeniyle açılan tazminat davasının görüm ve çözüm yerinin adli yargı olduğuna karar vermiştir.¹⁴

Genel olarak haksız fiil türlerinden olduğu kabul edilen¹⁵, bir kişinin sübjektif olarak kınanabilecek hiçbir davranışının bulunmamasına rağmen, onun sorumlu olduğu durumlar da vardır. Objektif sorumluluk olarak adlandırılan bu haller genel olarak, ekonomik, sosyal ve teknolojik gelişmelerin kanun koyucuyu, sorumluluk alanını genişletmesi doğrultusunda etkilemesi nedeni ile ortaya çıkmıştır. Objektif sorumluluğun bir diğer adı da sebep sorumluluğudur. Kanunlarda düzenlenen birçok objektif sorumluluk halleri vardır. Bunlardaki tek ortak nokta, sorumlu tutulan

¹² EREN (Borçlar Hukuku), s. 108–109.

¹³ Danıştay 10. Dairesi, 23.11.1993, E:1992/3686, K:1993/4601, <http://www.danistay.gov.tr>, (29.11.2010).

¹⁴ Danıştay 10. Dairesi, 24.02.1982, E:1982/205, K:1982/126, <http://www.danistay.gov.tr>, (29.11.2010).

¹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 587.

kişinin hiçbir kusuru olmadığı halde, kanunun onu tazmin yükümlülüğü altına sokmuş olmasıdır.¹⁶

Objektif sorumluluk halleri kanunlarda düzenlenmiştir. Ev reisinin sorumluluğu, taşınmaz sahibinin sorumluluğu örnek olarak gösterilebilir. Devletin, vasi ve vesayet daireleri tarafından ödenmeyen zararlardan sorumluluğu, tapu sicillerinin tutulmasından sorumluluğu da Medeni Kanun'da özel olarak düzenlenmiş, sorumlu olan idare olmasına rağmen özel hukuk hükümlerine tabi olan objektif sorumluluk hallerindedir.

İdareler, çalıştırdıkları işçilerin 3. kişilere verdiği zararlardan, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi (TBK m.55), hükümleri uyarınca sorumludurlar ve bu tür sorumluluklara ilişkin davalara adli yargıda bakılır. Nitekim Yargıtay da, Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları'na ait trenin gerekli önlemler alınmadığından yoldan geçen yayaya çarparak ölümüne sebebiyet vermesi nedeniyle açılan tazminat davasında, idarenin adam seçme ve onu denetlemede özen borcunu yerine getirmedeki kusurundan söz edilebileceğini belirterek davanın adli yargının görevinde olduğuna hükmetmiştir.¹⁷

B. İDARİ SORUMLULUK

Ülkemizde devletin sorumsuzluğu ilkesi, Cumhuriyetin ilk yıllarına, Danıştay'ın 1927 yılında yeniden çalışmaya başlamasına kadar geniş bir uygulama alanı bulmuştur. 1924 Anayasası döneminde, idareye karşı açılan tazminat davalarını çekingen bir tavırla kabul ederek karara bağlamaya başlayan Danıştay, Fransız Danıştay'ının etkisi ile idareye karşı açılan tazminat davalarında, idareyi tazminata mahkûm edebilmek için "ağır hizmet kusuru" aramıştır. Ancak asıl gelişme 1961 Anayasasından sonra, 1961 Anayasasının 114. maddesinde yer alan "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*" kuralının etkisi ile

¹⁶ DESCENAUX, Henri/TERCIER, Pierre, **Sorumluluk Hukuku**, (Çev. Salim ÖZDEMİR, Ankara 1983), s. 16.

¹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 28.11.2001, E:2001/4661 K:2001/1074, www.turkhukuksitesi.com (03.02.2011).

olmuştur. Bu dönemde Danıştay bir taraftan ağır hizmet kusuru ilkesinden yavaş yavaş uzaklaşmış, diğer taraftan da hizmet kusurunun uygulama alanını genişletmiş ve kusursuz sorumluluk ilkesini de uygulamaya başlamıştır.¹⁸

İdarenin hukuki sorumluluğu, idari faaliyetlerden dolayı, idare ile kişiler arasında idare lehine bozulan ekonomik dengenin tekrar kurulmasını amaç edinen bir kurumdur.¹⁹ Kişilere verilen haksız zararların, mutlaka kamu görevlilerinin fiillerinden değil de kimi zaman kamu hizmetlerinin iyi düzenlenmemiş olmasından kaynaklandığının anlaşılması üzerine, memurların gerisinde gerçek sorumluyu aramak suretiyle devletin ve idarenin sorumluluğuna gidilmiştir.²⁰ Buradaki kişiler deyimini geniş anlamda ele almak gerekir. İdari faaliyetten zarar gören kişi, faaliyetin ilişkili olduğu kamu hizmetinden yararlanan durumda olabileceği gibi; faaliyet içinde, hizmetin görülmesine katılan bir kişi de olabilir. Ya da zarar gören kişi, idari faaliyetle, kamu hizmeti ile hiçbir şekilde ilişkisi olmayan üçüncü kişi de olabilir.²¹

Bir hukuk devletinde idarenin hukuka uygun eylem ve işlemler yapması gerekir. Hukuka aykırı eylem ve işlemlerde bulunursa da, bu eylem ve işlemler çeşitli yaptırımlarla karşılaşır. Ancak idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinin bir takım yaptırımlarla karşılaşması, onlara son verilmesi, her zaman, bu eylem ve işlemlerin neden olduğu zararlı sonuçların kaldırılmasına yetmemektedir. Zira kişiler idarenin bu hukuka aykırı eylem ve işlemleri nedeniyle maddi ve manevi zararlara uğramış olabilirler.²² Bu nedenle, idarenin yargı denetimine tabi olması demek, sadece işlem ve eylemlerinin “düzeltilmesi” değil, bu eylem ve işlemlerin ekonomik değeri olan bireysel haklar üzerinde meydana getirdiği etkilerin de karara bağlanması

¹⁸ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.50, S. 3, 1995, (193–199), s. 193.

¹⁹ ESİN, Yüksel; **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, İdarenin Hukuki Sorumluluğu 2. Kitap**, Ankara:1973, s. 14.

²⁰ ÖZYÖRÜK, Mukbil, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972–1973, Ankara, s. 83.

²¹ ESİN, s. 14.

²² TOPUZ, İbrahim/ÖZKAYA, Kadir; **Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, Mahalli İdareler Derneği Yayınları 2002, s. 20.

demektir.²³ Hukuka saygılı bir idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan bu zararları da gidermesi gerekir. Çünkü bir hukuk devletinde idare, sadece hukuka uygun eylem ve işlemler yapmakla değil; aynı zamanda, kendi kusurlu ve hatta bazen kusursuz eylem ve işlemleriyle kişilere verdiği zararları da tazmin etmekle mükelleftir. Başka bir deyişle idarenin sorumluluğu, idarenin kişilere verdiği zararın, idarenin malvarlığından bazı değerlerin zarar gören kişinin malvarlığına cebri olarak aktarılması suretiyle tazmin edilmesi demektir. İdarenin, zararı kendi rızasıyla tazmin etmemesi halinde, bu tazmin, idari yargı mercilerinin verdikleri kararlarla sağlanır. İşte idarenin verdiği zararın idari yargı kararıyla tazminine idari sorumluluk denmektedir.²⁴ İdarenin sorumluluğu Borçlar Kanunu hükümlerine dayanan bir sorumluluk değildir. Bugün artık idarenin sorumluluğu, medeni sorumluluktaki zararın tazmini boyutunu aşmış, devletin hukuka aykırı faaliyetleri karşısında kişileri hukuki olarak koruma mekanizmasının etkin bir aracı ve tamamlayıcısı olarak karşımıza çıkmıştır.²⁵

İdarenin sorumluluğu konusu, 1982 Anayasası'nın 125. maddesinin son fıkrasında da 1961 Anayasası'na paralel olarak "*İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*" şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde dikkat çekildiği gibi, Anayasa'nın idarenin sorumluluğuna ilişkin bir "hukuki rejim" ayrımı yapmamıştır. Dolayısıyla, bu madde ile genel bir kural getirilip, idarenin bütün faaliyetlerine uygulama yeteneği olan bir tazmin yükümü ilkesi konularak, idarenin geniş anlamda sorumluluğu düzenlenmiştir.²⁶

Eğer idarenin mali sorumluluğu kabul edilmeseydi, kişilerin uğradığı zararlarının karşılanması söz konusu olmayacağı gibi, idarenin işlemlerini hukuka uygun gerçekleştirmesi sadece "yargı kararının bağlayıcılığından doğan bir cezai

²³ YAŞAR, Hasan Nuri, "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.66, S. 1, 2008, (201–220), s. 205.

²⁴ GÖZLER, C.II, s. 1015.

²⁵ AZRAK, Ali Ülkü, "İdarenin 'Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı'na Göre Kusursuz Sorumluluğu", **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara 12–13 Mayıs 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 135.

²⁶ ÖZAY, İl Han, **Günışığında Yönetim**; "Serdar Özgüldür, İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları", Filiz Kitabevi, İstanbul: 2004, s. 812.

sorumluluk” olmaktan öteye gitmeyecek, bu da yasama organının takdirine bağılı olarak sürekli çıkan af ya da benzeri düzenlemelerle etkisiz olacaktı. Demek ki, idarenin mali sorumluluğu sadece kişilerin zararlarının giderilmesi anlamına gelmemekte aynı zamanda idari yargı kararlarının uygulanmasını da kolaylaştıran ve gerek tazminat miktarının ağırlığı, gerekse artık doğrudan idari eylem ve işlemi yapan kamu görevlisine yönelme potansiyeli taşınması dolayısıyla aynı yanlışın tekrarlanmasını engelleyen bir sonucu da sağlamaktadır.²⁷

“İdarenin sorumluluğu” kavramı “idari sorumluluk” kavramından daha geniştir. İdarenin sorumluluğu kavramı, idarenin “idari sorumluluğu”nu içerdiği gibi “idarenin medeni sorumluluğu”nu da içerir. İdarenin medeni sorumluluğuna ülkemizde yaygın olarak “idarenin özel hukuk sorumluluğu” da denir. İdarenin özel hukuk sorumluluğu adından da anlaşılacağı gibi, idarenin özel hukuka tabi olan sorumluluğudur. İdarenin özel hukuk sorumluluğu ile idarenin idari sorumluluğunun her ikisinin amacı da idarenin başka kişilere verdiği zararları tazmin etmektir. Ancak bu iki tür sorumluluk birbirinden farklıdır. Bir kere bunların hukuki rejimleri farklıdır. İdarenin özel hukuk sorumluluğuna özel hukuk kuralları, yani Borçlar Hukuku kuralları uygulanır. Oysa idarenin idari sorumluluğuna kamu hukuku kuralları uygulanır. İkinci olarak, bu iki tür sorumluluğun tabi olduğu yargı düzenleri de farklıdır. İdarenin özel hukuk sorumluluğuna ilişkin davalara adli yargıda bakılır, oysa idarenin idari sorumluluğuna ilişkin davalar idari yargıda karara bağlanır.²⁸

Burada önemli olan bir diğer nokta idarenin sorumluluğunun ajanın ya da memurun sorumluluğundan sonra gelmediğidir. Yani idareyi sorumlu tutabilmek için önce kusuru olan ajana gidip, daha sonra idareye karşı dava açmak, tazmin talebinde bulunmak gerekmeyecektir. Zarar gören kişi veya kişiler doğrudan idareye karşı dava açabilecektir.²⁹

Danıştay bir kararında; *“İdarenin hizmet kusuru sebebine dayalı sorumluluğu, ikincil derecede sorumluluk olmayıp, asli bir sorumluluktur. Bu*

²⁷ YAŞAR, s. 205–206.

²⁸ GÖZLER, C.II, s. 1022.

²⁹ ESİN, 2. Kitap, s. 29.

nedenle, olayda kusuru bulunan gerçek veya tüzel kişiler aleyhine açılacak davadan sonra idari yargıda tam yargı davası açılabileceği şeklinde bir yaklaşım, idarenin hukuki sorumluluğu kavramıyla bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla, davacının, müteahhit firma aleyhine adli yargıda dava açmış olması, idari yargıda tam yargı davası açılmasına, idarenin, adli yargıda aleyhine dava açılıp sorumlu görülen gerçek veya tüzel kişiyle birlikte aynı zarardan dolayı müteselsilen sorumlu sayılmasına engel oluşturmamaktadır.”³⁰ demek suretiyle idarenin sorumluluğunun memurun sorumluluğundan sonra gelen ikincil bir sorumluluk olmadığını kabul etmiştir.

İdarenin medeni sorumluluğu, diğer özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerin sorumluluğundan farklı olmadığı için burada idarenin idari sorumluluğu anlatılacaktır.

II. MANEVİ TAZMİNAT

A. MANEVİ ZARAR KAVRAMI

Manevi zararın tanımı ile ilgili başlıca iki teori vardır. Bunlar, sübjektif teori ve objektif teoridir.

Sübjektif teoriyi savunanlara göre, önemli olan fiilin ağırlığı ile değil, mağdurun gördüğü zarardır. Bu teoriye göre, manevi zararın söz konusu olabilmesi için haksız saldırıya uğrayan mağdurun, bu saldırı sonucu acı çekmesi, elem ve ıstırap duyması gerekir. Manevi zarar, kişinin psikolojik ve ruhsal varlığındaki azalmadır. Bu nedenle manevi acı duyulması, ruhsal dengenin bozulması, yaşama sevincinin azalması manevi zarar olarak kabul edilir.³¹ Bu teorinin sakıncaları, özellikle temyiz kudretine sahip olmayan mağdurlar ve tüzel kişiler açısından belirlemektedir. Çünkü manevi zarar sübjektif olarak duyulan manevi acı olarak

³⁰ Danıştay 10. Dairesi 13.02.2006, E.2004/9120, K.2006/1220 <http://www.danistay.gov.tr>, (23.09.2010).

³¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 891, İŞGÜZAR, Hasan, “Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.47, S. 6, Aralık 1990, (855–876), s.872.

tanımlanınca, manevi acı çekmesi mümkün olmayan tüzel kişilerin ve temyiz kudreti bulunmayanların manevi tazminat talep etme hakları da bulunmayacaktır.

Objektif teori ise, kişinin manevi değerlerinin objektif olarak ihlal edilip edilmediği ile ilgilendir. Manevi alanda görülen acı ve ıstırapların zararın varlığı için şart olduğunu düşünmez. Zarara neden olan olayın varlığı, zararın doğduğunun kabulü için yeterlidir.³² Bu teori, yukarıda sözünü edilen sakıncaları giderirken; başka sakıncalara neden olmaktadır. Çünkü duyguların, mağdurun çekeceği acı ve ıstırapın tamamen göz ardı edilmesi de; manevi zararın telafi ve tatmin fonksiyonunu yerine getirmesini engelleyecektir.

Bu iki teorinin sakıncalarını ortadan kaldırmak amacıyla, sentez yapan görüşler de olmuştur. Modern hukuk sisteminde ise, manevi zararın varlığının belirlenmesinde objektif görüş esas alınmakta, yani fiilin gerçekleşmesi ile zararın meydana geldiği sonucuna ulaşılmakla birlikte, mağdurun duyguları, çektiği elem ve üzüntü ise manevi tazminat miktarının belirlenmesinde kullanılmaktadır.³³

B. TAZMİNAT KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ

Tazminat, zarar ve ziyanı karşılamak için verilen bedeldir.³⁴ Tazminat davası ise; nedeni ne olursa olsun, maddi ve manevi zararın ödenmesini amaçlayan davadır.³⁵ Tazminat, verilen zararın türüne göre maddi tazminat ve manevi tazminat olarak ikiye ayrılmaktadır.

Maddî zarar, bir kimsenin kişisel varlıklarına yapılan saldırının onun malvarlığına yansiyarak bir azalma meydana getirmesine denir.³⁶ İster sözleşmeden veya isterse haksız bir fiilden ileri gelmiş olsun, zarar veren fiil her halükarda zarar görenin malvarlığında maddi bir azalmaya neden olmuştur. Bu nedenle maddi

³² EREN, s.

³³ KAVRAZ, Dilek, **İdari Yargıda Manevi Tazminat**, Ankara 2009, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 20.

³⁴ DOĞAN, D. Mehmet, **Büyük Türkçe Sözlük**, 11. Baskı, İz Yayıncılık, 1996, s. 1052.

³⁵ YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 793.

³⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, "Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler", **MHB Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul, 1980 (141-180), s. 144.

tazminatın amacı, sorumlu olanın maddî azalmayı telâfi ve tazmin etmesi, zarar görenin malvarlığının malî yönden eski hale getirilmesidir.³⁷

Bununla beraber, haksız olan bir eylemin meydana getirdiği sonuç her zaman bu çeşit bir zarar olmayabilir. Bir insanın haysiyet ve şerefine veya vücut bütünlüğüne tecavüz veya bir yakınının öldürülmesi halinde, malvarlığında bir azalma söz konusu olmadan, elem ve ıstırap duyulur ama duyulan bu acının maddî bir kayıpla ilgisi yoktur. İşte, malvarlığı karakteri olmayan ve sadece duygu ve his âleminde kalan bu arzu edilmeyen durumun da telâfisi gereklidir. Evvela, böyle bir üzüntü duyanın şahsında öyle bir karşı duygu (sevinç) meydana getirilmelidir ki, sorumlunun sebep olduğu acıyı kısmen olsun unutturabilsin, ayrıca, böyle haksız bir üzüntüye sebep olanın bu eylemi de karşılıksız kalmasın. İşte, duyulan bu üzüntü malvarlığımızda bir azalmayı mucip olmadığı için buna “zarar”, bunun telafisi için sorumlunun yapacağı edaya da “tazminat” adını vermek isabetli olmaz. Çünkü ortada haksız eylemden meydana gelmiş mali bir azalma söz konusu değildir. Bu nedenle, bu çeşit zararlara “manevi zarar”, bu anlamdaki bir zararın sebep olduğu ruhî bozulma ve duyulan acı ve elemi giderilmesi için, sorumlu olanın yükümlü olacağı edaya da “manevi tazminat” denmektedir.³⁸

Maddî zararların karşılanması her zaman için mümkün iken, çoğu hallerde manevi zararların karşılanmayı kabul etmeyen nitelikleri, belirlenmesi ve miktarının takdiri yönünden arz ettikleri özellik ve güçlükler manevi zararların aynen tazminini imkânsızlaştırmaktadır. Bununla beraber paranın bugün sosyal ve ekonomik yönden ulaştığı önem ve birçok ihtiyacı karşılamada kullanılması dikkate alınarak, bozulan fiziksel veya ruhsal dengenin "kısmen ve imkân ölçüsünde temini" için en iyi araç olduğu kabul edilmiş, bu amaçla Türk Hukuku'nda "manevi tazminat" adı ile maddî tazminata göre daha yeni bir tazminat çeşidi kabul edilmiştir.³⁹ İşte manevi tazminatın bu özelliğinden dolayı onu maddî tazminattan ayırt edebilmek için gerek

³⁷ GÜR SOY, K. Tahir: “Manevî Zarar ve Tazmini”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (Cumhuriyetin 50 yılı Armağanı), C. 30, S. 1-4, 1973, Ankara, (7-56), s. 7-8.

³⁸ GÜR SOY, s. 8.

³⁹ ÜNAL, Mehmet, “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.35, S. 1 1978,(397-437), s. 400-401.

İsviçre Borçlar ve Medeni Kanunlarında gerekse İsviçre Doktrininde farklı ifadeler kullanılmıştır. Türk Hukukunda da bazı yazarlar manevi tazminatı ifade etmek üzere, “acı parası”, “manevi tamirat”, “taviz”, “manevi üzüntü”, “gönül alma” ve “tarziye” gibi değişik terimlerin kullanılmasının doğru olacağını ileri sürmüşlerdir. Gerek doktrinde, gerekse mevzuatta yerleşmiş bir ifade olan "manevi tazminat" ifadesi, uğranılan zararın, duyulan elem, ıstırap ve acıdan da öte, insanın kişiliğinin özgür ve bağımsız varlığında meydana gelen manevi bir kayıp olduğunu içermesi bakımından daha doğru bir ifade biçimidir. Ayrıca Türkçe’deki ifade biçimlerine göre “maddi tazminat”ın karşıtı olması da manevi tazminat ifadesinin isabetle kullanıldığı kanaatini güçlendirmektedir.⁴⁰

Bütün bu açıklamalardan sonra denebilir ki, manevi tazminat, zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen azalmanın(manevi zararın) giderilmesi, tazmini ve karşılanmasıdır. Manevi zararı kabul eden hukuk sistemleri bunun doğal sonucu olarak manevi tazminatı da kabul etmiştir. Türk Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu da çeşitli maddelerinde manevi zarar ve manevi tazminatı düzenlemiştir. Manevi tazminat, son yıllarda kişilik haklarını ve değerlerini daha etkili bir biçimde korumak amacıyla Batı Avrupa ülkelerinde büyük bir önem kazanmış ve güncel hale gelmiştir. Bunun sebebi, teknolojideki ve kitle haberleşme araçlarındaki çok hızlı gelişmelerin ve sosyal ilişkilerde ve yaşam şartlarında giderek daha da artan karmaşıklığın, kişilik değerlerini ihlal ihtimalini eskiye oranla büyük ölçüde artırmış olmasıdır. Bundan dolayı kanun koyucu önce, Anayasanın 5, 12, 17, 20 ve 26. maddelerinde kişilik değerlerine önem vermek suretiyle bunların gelişmesini ve ihlallere karşı korunmasını garanti altına almış, sonra da 1988 yılında 3444 sayılı Kanunla Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun’un manevi tazminata ilişkin maddeleri değiştirilmiştir.⁴¹

⁴⁰ ÜNAL, s. 401.

⁴¹ EREN (Borçlar Hukuku), s. 745–746.

C. MANEVİ TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Manevi zararı tamamen gidermenin mümkün olmaması, manevi tazminat kavramının anlaşılmasını güçleştirdiğinden ve bu terimin hukuki niteliği konusunda kanunda bir açıklık olmadığından dolayı, manevi tazminatın hukuki niteliğinin ne olduğu, uzun yıllar boyu tartışma konusu olmuştur.⁴² Bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır.

1. Ceza Görüşü

Öğretide bir kısım yazarlar manevi tazminatın bir nevi özel ceza olduğu görüşündedir.⁴³ Bu görüşe göre manevi tazminat cezalandırıcı ve önleyici bir nitelik taşır. Burada bir çeşit özel hukuk cezası söz konusudur. Bir miktar para alınmak suretiyle kişiye manevi bir zarar veren fail cezalandırılmış olmaktadır. Fakat burada devlet lehine değil mağdur lehine bir cezalandırma yoluna gidilmektedir. Bu görüşü savunanlar gerekçe olarak kusura dayanmakta ve burada daima önemli olan failin kusurudur demektedir. Çünkü mağdurun uğradığı elem ve acıyı ölçmek zordur, bu nedenle hâkim tazminat miktarını kusurun derecesini dikkate alarak takdir eder. Nihayetinde para hiçbir surette mağdurun zararını telafi edemeyeceğine göre burada amaç mağdurun zararını gidermek değil, faili cezalandırmaktır.⁴⁴

Manevi tazminatı ceza olarak gören görüş doktrinde büyük çoğunluk tarafından eleştirilmiştir. Bunlara göre ise; ceza hukuku ile medeni hukukun amaçları birbirinden farklıdır. Medeni hukukta öngörülen tazminatın amacı faili cezalandırmak değil, mağdurun uğradığı zararı gidermektedir. Cezalar şahsidir, failin ölümü ile cezalandırma yetkisi ortadan kalkar; hâlbuki failin ölümü halinde, mirasçılar manevi tazminattan sorumlu tutulabilmektedir. Bundan başka ceza hukuku

⁴² ÇETİN, Pınar, **Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Özellikle Tazminat Miktarının Belirlenmesi**, Ankara 2007, (Yayınlanmamış Master Tezi), s. 8.

⁴³ JHERİNG, R.Von, **Hukuk Uğrunda Savaş**, Çev. Rasih Yeğengil, İstanbul, 1964, s. 71–74, Huguene: La peine privée en droit contemporaine, Dijon, 1904; R. Demouge: Traités des obligations en général. Paris, 1924, C. 1, s. 184 vd (Aktaran: KILIÇOĞLU, Ahmet: “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1984, S:1, s. 15, (15–22).

⁴⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet, **Haysiyet Ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Doğan Hukuksal Sorumluluk**, Ankara: 1982, s. 242, SAYMEN, Ferit Hakkı, **Manevi Zarar ve Tazmini Sureti**, Doktora Tezi, İstanbul: 1940, s. 83 vd.

alanında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi esas olmasına karşın manevi tazminat miktarını kanun tayin etmemiştir, bunun miktarını her olayın şartlarına göre hâkim takdir eder. Ayrıca manevi tazminatta failin kusurunun esas olduğunun söylenmesine rağmen, bu durum manevi tazminat için ayırıcı bir özellik olmayıp, kusurun derecesi maddi tazminat için de önemlidir ve manevi tazminatın takdirinde sadece kusur değil, saldırıya uğrayanın sosyal ve ekonomik durumu gibi başka şartlar da göz önünde tutulmaktadır. Son olarak, ceza hukukundan farklı olarak, failin kusursuz olduğu bazı hallerde de, manevi tazminat sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.⁴⁵

2. Sembol Görüşü

Manevi tazminatın hukuki niteliği konusundaki ikinci görüş ise, sembol görüşüdür. Buna göre manevi zararın tamamen tazmini mümkün olmadığı için, zarar görenin haksız yere mağdur olduğunu beyan etmek ve hakkın ihlal edildiğini bildirmek bu acıların giderilmesi için yeterli olacaktır.⁴⁶ Ancak bu görüş de; manevi tazminata sembolik sıfat tanımının hakkın yer bulması için faydalı olmakla birlikte bu zararı yeteri kadar telafi etmeye yetmeyeceği, zaten zararın varlığını failin de birçok durumda kabul ettiği, itirazı ya tazminat talebinde bulunanın husumete ehil olmadığı ya da tazminat miktarının fazlalığı noktalarında olduğu, gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁴⁷

3. Tatmin Görüşü

Bu konudaki üçüncü görüş manevi tazminatın tatmin edici olduğu görüşüdür. Bu görüşe göre, “Manevi tazminatın asıl amacı faili cezalandırmak değil, mağdura yardımda bulunmaktır.”⁴⁸ Manevi tazminatın amacı kişilik haklarının saldırıya uğraması nedeniyle duyulan elem ve acıyı ortadan kaldırmak ve mağdurun bozulan ruhsal dengesini yeniden kurmaktır. SAYMEN’e göre “bir kimseye manevi bir zarar

⁴⁵ Von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1, Zürich 14, s. 127, Tercier-Pierre, Contribution a n’etude du tort moral et de sa repartition en droit civil suisse, Fribourg 1971, s. 100–101, (Aktaran: KILIÇOĞLU, (Nitelik), s. 16-17), SAYMEN, s. 86 vd.

⁴⁶ DEMOGUE: Traité des Obligations, C. IV, s. 53 vd. (Aktaran: SAYMEN, s. 90)

⁴⁷ SAYMEN, s. 90–91.

⁴⁸ DESCENAU/TERCIER, s. 61.

verilince, söz konusu zarar ne takdir ne de tazmin edilebilirdir, fakat şüphe yok ki, fena ve acı bir his, iyi ve tatlı bir his ile tatmin ve telafi edilebilir.” Bundan dolayı manevi zarara uğrayan bir kişinin acısını bir miktar para tamamen gideremez ise de, bu para ile elde edebileceği sevinç, bu acısını bir derece hafifletebilir. Burada tazminat, zarar ve ziyana tamir edici değil, kişiyi tatmin edicidir. Bu görüşe göre hâkimin görevi acı ve ıstırapları tatmin ve telafi etmeye yetecek para miktarını takdir etmekten ibarettir. SAYMEN de bu görüşün mükemmel olmadığı ve eleştiriye açık bir görüş olduğunu kabul etmekle beraber, manevi zararı telafi edecek daha güvenilir bir yol olmadığını da belirtmektedir.⁴⁹

Türk hukuk doktrininde de çoğunlukla manevi tazminatın zarar görenin duyduğu acı ve ıstırapın tatmini ve telafisini amaçladığı kabul görmektedir.⁵⁰

Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiası dolayısıyla Anayasa Mahkemesi verdiği kararda: “*Manevi zararların para ile ölçülmesi, hiçbir zaman manevi kaybı getirip yerine koyduğu veya manevi varlığa parayla müdahale edildiği anlamına gelmez. Paranın bu alanda gördüğü iş, kişilik hakları ve yararları zedelenen kimsenin duyduğu ağır manevi acıyı bir dereceye kadar yumuşatmak, bozulan manevi dengeyi onarıp düzeltmekten, bir teselli, bir avunma, bir ruhi tatmin aracı olmaktan ibarettir... İnsanların büyük çoğunluğu kendisine yapılan haksızlığın hesabını sorar... ve ödenen manevi tazminatla da bir tatmin edilmişlik duygusuna, hafifliğe, ferahlığa kavuşur.*”⁵¹ diyerek manevi tazminatın tatmin edici olduğunu kabul etmiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu da 22.6.1966 tarih ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; “*Manevi tazminat ceza değildir, çünkü davacının yararı düşünülmezsizin sorumlu olana hukukun ihlalinin dolaylı yapıldığı bir kötülük*

⁴⁹ SAYMEN, s. 92–95.

⁵⁰ KILIÇOĞLU, (Nitelik), s. 21, SAYMEN, s. 91–92; ERTAŞ, Şeref, “Manevi Tazminatın Tespiti ve Miktarının Hesaplanması”, **Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan**, İstanbul: 1990, s. 80–81; REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Bası, İstanbul, 2006, s. 195, OĞUZMAN, s. 679.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi, 11.02.1969, E:1968/33, K:1969/12, (Aktaran: KAPLAN, Gürsel, “Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.55, S.2, Y.2006, (117–141), s. 123.).

değildir. Mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını amaçlamadığı için de gerçek anlamda bir tazminat sayılmaz. Manevi tazminat mağdurda bir huzur hissi, bir tatmin duygusu doğurmalıdır.” diyerek manevi tazminatta tatmin görüşünü kabul etmiştir.

Danıştay ise, aynı görüşü paylaşarak manevi tazminata ilişkin davalarda şu formülü kullanmaktadır: *“Manevi tazminat, patrimonuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır. Olay nedeniyle duyulan elem ve ıstırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ise de, tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir oranda olması gerekmektedir.”*⁵²

Bütün bu açıklamalar ışığında, gerek Türk Hukuk Doktrininde gerekse yüksek mahkeme içtihatlarında çoğunlukla aynı görüşün kabul edildiğini söyleyebiliriz. Modern sorumluluk hukukunda, genel olarak, manevi tazminatın, kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen ve yaşama zevki azalan kişinin manen tatminini sağlamaya yönelik bir araç olduğu kabul görmektedir.⁵³ Manevi tazminatın manevi tatmin aracı fonksiyonunun ağır bastığını kabul etmek yerinde olacaktır. Zira manevi tazminat özel hukuk yaptırımlarının biri olarak, özel hukuktaki sorumluluğun amacı olan zararı onarma, tamir etme, eski hale getirme gibi amaçları güdecektir. Her ne kadar bazen çok büyük miktarda takdir edilip failin bir nevi cezalandırılması söz konusu olsa, bazen de az miktarda belirlenip, hukuka aykırılığın tespiti ile yetinilse dahi, asıl amaç mağdurun tatmin edilmesi, uğradığı haksızlığın tespit edildikten sonra takdir edilen bir miktar paranın sağladığı sürür ile acı ve ıstırabının hafifletilmesidir.

⁵² Danıştay 10. Dairesi, 29.01.2007, E.2004/7285. K.2007/212, <http://www.danistay.gov.tr>, (21.09.2010).

⁵³ GÖNEN, K. Eren, “İdarenin Manevi Tazminat Sorumluluğu”, <http://www.danistay.gov.tr>, (27.09.2010).

D. MANEVİ TAZMİNATIN MADDİ TAZMİNATTAN FARKI

Verilen zararın maddi mi, yoksa manevi mi olduğunu ayırt edebilmek için ihlâl edilen menfaatten çok, zararın niteliğine bakmak gerekir. Şayet zarar para ile ölçülebilen bir nitelik taşıyorsa maddi, aksi halde manevidir.⁵⁴ Maddi zarar, devir ve teslimi mümkün olan, mirasçılara intikal edebilen, yani miktar ve değer itibariyle belirlenmesi ve tespiti mümkün olan malvarlığında meydana gelen bir azalma olmasına karşılık, manevi zarar bir kimsenin kişi varlığına karşı işlenen haksız bir fiil sonucu duyduğu fizikî ve ruhsal acı, elem ve ıstırap nedeniyle yaşama zevkinde meydana gelen bir azalmadan ibarettir.⁵⁵

Maddi zarar, sadece eşyaya, nesneye verilen zarar şeklinde ortaya çıkarsa, “nesne zararı” ve kişilik hakkı ihlalden doğan tedavi masrafları, iş gücü ve kazanç kaybı zararı olarak ortaya çıkarsa “cismani zarar” veya “beden bütünlüğü zararı” olarak görülebilir. Nesne zararlarının söz konusu olduğu hallerde zarar miktarını belirlemek diğerine göre daha kolaydır. Zarar dolayısıyla değer yitiren veya tamamen değersizleşen nesnenin zarardan önceki değeri ile sonraki değeri göz önünde tutularak zarar hesaplanabilir. Ölüm ve cismani zararda ise ileriye dönük kazanç kaybı ile ölüm halinde destekten yoksun kalanlara ödenecek miktarın belirlenmesinde bazı zorluklar vardır.⁵⁶

Haksız bir fiil, bazen sadece maddi veya sadece manevi bir zarar meydana getirebildiği halde, bazen, aynı fiil hem maddi, hem de manevi zararı meydana getirebilir, mesela, bir insanın yaralanmasında, haksız fiil nedeniyle sakatlanmasında, hem maddi hem manevi zarar birlikte bulunmaktadır. Zarar görenin tedavisi için yapılan masraflar ile hastalık süresince işine gidememesi veya sakat kaldığı için çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybetmesi sebebiyle mahrum kalınan menfaatler maddî zararı (BK. m.46, TBK m.53–54), bu yaralanma veya sakatlanmanın zarar görende neden olduğu üzüntü ve acılar da manevî zararı (BK.

⁵⁴ SAYMEN, s. 14; KANIK, Tahir: “Manevî Tazminat Davaları”, *Adalet Dergisi*, 1950, S. 9, s. 1166; YÜCE, Turan: “Medeni Hukukumuzda Manevi Tazminat”, *Adalet Dergisi*, 1952, S. 3, s. 403.

⁵⁵ GÜRSOY, 1973, s. 8.

⁵⁶ HATEMİ, Hüseyin ve Diğerleri, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm 2. Cilt. Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994, s. 93–94.

m.47, TBK. m.56) oluşturur.⁵⁷ Kişilik değerlerinin ihlalden ise, hem maddi, hem de manevi zarar doğabileceği gibi, bazen yalnız manevi zarar da doğabilir. Vücut bütünlüğünün ihlalden bu duruma rastlamak mümkündür. Zarar verici olay sonunda maddi zarar doğmasa, yalnız manevi zarar doğsa bile, zarar gören manevi tazminat talebinde bulunabilir. Zira manevi tazminat talebi maddi tazminattan bağımsız bir taleptir.⁵⁸

III. İDARENİN MANEVİ TAZMİNAT SORUMLULUĞU

İki malvarlığı arasında bozulan ekonomik dengenin tekrar kurulmasını amaçlayan bir kurum olan hukuki sorumluluğun bir türü olan idarenin hukuki sorumluluğunun içerdiği sorumluluklardan biri de idarenin manevi tazminat sorumluluğudur.⁵⁹ İdarenin manevi tazminat sorumluluğu da, idari faaliyetler sonucu, idare ile yönetilenler arasında idare lehine bozulan ekonomik dengenin tekrar kurulmasını amaç edinir ve idari faaliyetler nedeniyle yönetilenlerin manevi varlıklarında ortaya çıkan kayıp ve azalmaların giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine alır. Buradaki yönetilenler ifadesini geniş anlamda ele almak gerekir. İdari faaliyetten zarar gören kişi, faaliyetin ilgili olduğu kamu hizmetinden yararlanan durumunda olabileceği gibi, faaliyetin içinde, hizmetin görülmesine katılan bir kişi durumunda ya da idari faaliyetle, kamu hizmeti ile hiçbir yönden ilişkisi olmayan üçüncü kişi durumunda da olabilir.⁶⁰

İdarenin yargı denetimine tabi olması, sadece işlem ve eylemlerinin “düzeltilmesi”ni değil, bu eylem ve işlemlerin malî değeri olan kişi hakları üzerinde yarattığı etkilerin de karara bağlanmasını amaçlamaktadır. Eğer idarenin mali sorumluluğunu doğuran yargı kararı vermek mümkün olmasaydı, kişilerin uğradığı zararlarının karşılanması söz konusu olmayacağı gibi, idarenin işlemlerini hukuka uygun gerçekleştirmesi sadece “yargı kararının bağlayıcılığından doğan bir cezai

⁵⁷ GÜRİSOY, s. 9.

⁵⁸ EREN (Borçlar Hukuku), s. 746.

⁵⁹ ESİN, 2. Kitap, s. 14.

⁶⁰ YENİCE, Kazım/ESİN, Yüksel, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara: Danıştay Yayınları 1983, s. 77.

sorumluluk” olmaktan öteye gidemeyecek, bu da yasama organının takdirine bağılı olarak sürekli çıkan af ya da benzeri düzenlemelerle etkisiz olacaktı. Bu demektir ki, idarenin mali sorumluluğu sadece kişisel zararın karşılanması anlamına gelmemekte aynı zamanda idari yargı kararlarının uygulanmasını da kolaylaştıran ve gerek tazminat yükünün ağırlığı, gerekse doğrudan idari eylem ve işlemi yapan kamu görevlisine yönelme potansiyeli taşınması dolayısıyla aynı yanlışlığının tekrarını engellemektedir.⁶¹

İdarenin sorumluluğunun eğitici bir etkisi vardır. Sorumluluk mali olunca eğitici etkisi daha da önem kazanmaktadır. Zira bu sorumluluk, idare ile mağdurlar arasında yaşanan sorunların parasal karşılığının daha geniş çevreler tarafından, öğrenilmesine yol açar. Yine idareyi sadece sübjektif bir iptal davasının tarafı olarak yargı kararı yoluyla denetlemek bir ölçüye kadar etkili olabileceğinden, mali sorumluluk tamamlayıcı bir etki yaratır. Diğer taraftan kamu görevlileri gidermek zorunda kalacakları zarar verici tutumlardan sakınmak durumunda kalırlar. Her ne kadar mali sorumluluk doğrudan idare tarafından yerine getirilmekte ise de gerek rücu mekanizmasını öngören Devlet Memurları Kanunu’nun 12 ve 13. maddeleri gerekse kişisel kusur oluşturan eylem ve işlemlerin bazılarının ayrıca suç olarak nitelendirilerek idari faaliyetten tecrit edilmesi bu terbiye edici niteliği güçlendirmektedir.⁶²

Hem özel hukuk hem de idare hukuku alanında idarenin manevi tazminat sorumluluğu söz konusu olabilir. Çünkü hukuk âleminde “kişi” niteliğinde bulunan idarelerin diğer kişiler gibi özel hukuka tabi işlemler veya eylemler yapması mümkündür. Bu hallerde idareler de diğer özel hukuk kişileri gibi sorumlu olurlar ve bu türden ilişkilerine ilişkin uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenir. Ancak, idarelerin özel hukuka tabi manevi tazminat sorumlulukları konumuz dışında olduğundan, burada “İdarenin Manevi Tazminat Sorumluluğu” ile kast edilen idarenin kamu hukukuna tabi olan manevi tazminat sorumluluklarıdır. Bu tür sorumluluk halinde, idarenin kişilere verdiği zararlar, özel hukuk hükümlerine göre değil, kamu hukuku

⁶¹ YAŞAR, s. 205–206.

⁶² YAŞAR, s. 208.

kurallarına göre giderilir. Bu konudaki tazminat davaları da adli yargıda değil, idari yargıda karara bağlanır. İdarenin manevi tazminat sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, idarenin verdiği zararın, idarenin kamu hukukuna tabi bir faaliyeti sonucunda oluşması gerekir. İdarenin kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış faaliyetleri, idare hukukunun uygulama alanına girer. Dolayısıyla da bu faaliyetler sonucunda zarara uğrayan kişilerin manevi zararlarını idare, idare hukuku kurallarına göre tazmin edecektir. Bu konuda açılacak manevi tazminat davalarına da idari yargıda bakılacaktır.⁶³

İdarenin tazmin yükümlülüğü konusunda bir gelişim süreci yaşanmıştır. Başlangıçta, idari mahkemeler, tazmin yükümlülüğünü sadece maddi zararların tazmini ile sınırlamaktaydı. Maddi zararlar ile malvarlığına ilişkin düzende ortaya çıkan zararların yani, yapılan harcamalar veya uğranılan kayıpların, örneğin malvarlığında meydana gelen zararların ve kişinin vücut bütünlüğünün maruz kaldığı zararın tazmini anlaşılakta idi. İdari mahkemeler, belirsiz değerlerin, şöhretin, duygusal alanın uğradığı zararları tazmin yükümlülüğünün dışında tutmaktaydı. Çünkü bu tür zararların nakdi değeri ölçülemezdi. Zaman içerisinde tazmin yükümlülüğünün belirlenmesinde maddi değeri olmayan bazı durumlara ilişkin zararlar da dikkate alınmaya başlanılmıştır.⁶⁴

Özel hukuktaki manevi tazminat kurumunun gelişimine kıyasla uzun bir gelişim süreci sonunda olmakla birlikte, manevi tazminat kurumu idari yargıda da kabul edilmiştir. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda yer alan manevi tazminata ilişkin düzenlemeler idari yargı bakımından da esas alınmakta ve bu düzenlemeler ışığında “ölüm”, “bedensel zarar” ve “kişilik haklarına saldırı” nedeniyle manevi tazminata hükmedilmektedir. (TBK m.56, 58). Ancak, idari yargının kendine özgü ilkeleri ve idari yargılama sürecinin adli yargıya göre farklı işleyen yönleri, diğer birçok konuda olduğu gibi, manevi tazminat konusunun da idari yargı tarafından adli yargı ile her bakımdan birbirine paralel olarak ele alınmasına ve birbiri ile paralel

⁶³ GÖZLER, C.II, s. 1033.

⁶⁴ ATAY, E. Ethem/ODABAŞI, Hasan/GÖKCAN, Hasan Tahsin, **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003, s. 160.

gelişim göstermesine engel olmuştur. Manevi tazminatın idari yargıda kabulünden başlayarak, hemen her aşamanın ağır ve sancılı geçtiği söylenebilir.⁶⁵

Manevi tazminatın idari yargıda ağır ve geç kabulünün nedeni, idarenin özel hukuk kişileri gibi “zarar” vermeyeceği düşüncesidir. İdarenin işlem ve eylemlerinden dolayı meydana gelen zararın, kural olarak “gerçekleşmiş”, “hesaplanabilir”, “nesnel” bir zarar olması aranır. Hâlbuki manevi zararda gerçekleşmiş olma dışındaki şartlar, takdire ve varsayıma dayalıdır.⁶⁶ Çünkü manevi zarar kişinin manevi varlığında oluşan tahribi simgelemektedir. İdarenin, kişilerin manevi varlığının zarara uğramasına neden olduğunu kabul etmek zordur. Diğer taraftan, bu yol adli yargıda açılmıştır ancak adli yargıdaki gelişmelerin hemen idari yargıya geçmesi beklenemez. Açıkça olmasa da manevi tazminata karar verilmesi, böyle bir tazminatın gerçekten hesaplanması ile eşitliğin sağlanması amacına değil, bir bakıma zarar verenin “cezalandırılması” amacına dayanır. İdarenin “cezalandırılması” söz konusu olamayacağı için, bu yola gidilmesi düşünülememiştir.⁶⁷

İdarenin manevi tazminat sorumluluğu kurumu, her yönüyle idari yargı kurumlarının elinde doğmuş ve gelişmiştir. Bugün de gelişmesi devam etmekte, sorunun teorik yönü doktrinde incelenirken, ilkeler yargısal kararlarla konmaktadır. İdarenin hukuki sorumluluğunu öngören tazminat kararları iptal kararları gibi siyasal iktidarların tepkisine de neden olmamaktadır. İdari yargı yerlerinin görev ve yetkilerinin kısıtlanması konusundaki kanuni düzenlemeler dahi idarenin sorumluluğu düşüncesinin gelişmesini engelleyememiştir. Ayrıca, bir kanun hükmü ile yargı denetimi dışında bırakılan idari işlemler dışında, iptal davasına ilişkin sınırlamalar idarenin manevi tazminat sorumluluğunu etkileyemeyecektir.⁶⁸

İdarenin sorumluluğunda belirtildiği gibi, idarenin manevi tazminat sorumluluğu da Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun’daki manevi tazminat

⁶⁵ GÖNEN, <http://www.danistay.gov.tr>, (27.09.2010).

⁶⁶ AKILLIOĞLU, Tekin, “Gözlemler: Yönetmelik Yargıda Manevi Giderim ve Bilgi Hukuku Gelişmesi”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.22, S. 2, 1989, s. 107.

⁶⁷ AKILLIOĞLU, s. 107.

⁶⁸ YENİCE/ESİN, s. 78.

kavramından farklı esaslara dayanmakta olup, özel hukuktaki manevi tazminat sorumluluğundan bağımsızdır. Nitekim Danıştay da bir kararında, “...*idare hukukunda manevi tazminatın dayanağını yargı içtihatları oluşturduğundan görevine son verilmesi işlemi nedeniyle davacının uğradığını öne sürdüğü manevi zarara karşılık olarak mahkemenin Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak manevi tazminata hükmetmenin hukuken doğru olmadığı...*”⁶⁹ sonucuna varmıştır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi Türk Borçlar Kanunu’nun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle bu fark ortadan kalkacaktır.

İdarenin manevi tazminat sorumluluğu da, esasen idarenin tazminat sorumluluğu ile aynı kurallara tabidir. Ancak, manevi tazminatın kendine özgü özelliklerinin tazminat sorumluluğunun belirlenmesinde dikkate alınması gerekmektedir.

İdarenin manevi tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için, her tür sorumluluk için aranılması gereken, bir zararın varlığı, idareye yüklenebilir bir işlem veya eylemin olması, zararlar idarenin işlem veya eylemi arasında illiyet bağının bulunması şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlardan birinin bile yokluğu sorumluluğu ortadan kaldırır. Gerçekten, ortada bir manevi zarar yoksa idarenin tazminat sorumluluğu da söz konusu olmaz. Yine idare ve idari faaliyetle ilgisi olmayan bir manevi zarardan da idarenin sorumlu olması mümkün değildir. Ayrıca idari faaliyet ile zarar arasında neden sonuç ilişkisi bulunmuyorsa da idare manevi tazminat sorumluluğundan kurtulacaktır. Bu genel şartlar dışında, özel hukukta sorumluluk için aranan kusur, idari sorumlulukta hizmet kusuruna dönüşür ve idarenin manevi tazminat sorumluluğu için hizmet kusurunun bulunması şarttır. Ne var ki, hizmet kusuru bulunmasa dahi idare hukukunda kabul edilen kusursuz sorumluluk hallerinden biri varsa idarenin manevi tazminat sorumluluğu da doğacaktır.⁷⁰ Nitekim idarenin kusursuz olarak sorumlu olduğu durumlarda, oluşan

⁶⁹ Danıştay 5. Dairesi 05.12.1991, E.1991/3619, K.1991/2346, <http://www.danistay.gov.tr>, (27.09.2010).

⁷⁰ ESİN, 2. Kitap, s. 22.

manevi zararların da tazmin edilmesi gerektiği Danıştay tarafından kabul edilmektedir.⁷¹

Yukarıda da belirtildiği gibi, idarenin manevi tazminat sorumluluğu ancak manevi zararın meydana gelmiş olmasına bağlıdır. Eylem veya işlemin sadece mevzuata veya hukuka aykırı olması, başkasına zarar vermiyorsa hiçbir sorumluluğa neden olmaz. Buna karşılık haklı ve hukuka uygun bir eylem veya işlemin sebep olduğu manevi zarar da sorumluluğa yol açabilir. Aslında özel hukuk kişileri için bunun tam aksi kurallar geçerlidir. Bu kişiler ancak hukuka aykırı olan fiillerinden sorumludurlar. Bu özellik manevi tazminat sorumluluğunun özel hukukta ve kamu hukukunda farklı kurallara dayandığını gösterir. Özel hukuk kişileri hakkındaki bu kural, kanuna veya hukuk düzenince kendilerine yüklenmiş herhangi bir yükümlülüğe uymak konusundaki genel ilkedен doğar. İdarelerse, özel hukuk kişileri için söylenen ilkelerden tamamen bağımsız değillerse de, bunların sorumluluğu haksız ve adilane bir şekilde dağılmamış olan herhangi bir zarara mani olmak amacını güden daha esaslı bir dağıtıcı adalet prensibine dayanmaktadır.⁷²

İdare bir kişi değil bir örgütlenmedir. Bunun için de, idarenin manevi tazminat sorumluluğundan bahsedilince, bulunması gereken kusurun özel hukuktaki kişinin kusurunun değerlendirildiği gibi değerlendirilmesi mümkün değildir. Aslında hizmet kusurunda da idare adına işlem yapan kişi veya kişilerin kusuru bu sorumluluğun temelini oluşturmaktadır. Ancak buradaki kusur kişiselleştirilebilecek bir nitelikte değildir. Kusur, kamu hizmetlerini yerine getirmek durumunda olan idarenin kuruluş, işleyiş ve yürütülüşünde görülen eksiklik, hata, aksaklık, düzensizlik, boşluk ve bozukluktur.⁷³

Manevi tazminat sorumluluğunun bir diğer şartı da, ortada bir idari faaliyetin bulunmasıdır. İdari faaliyet bir işlem, bir eylem şeklinde ortaya çıkabilir. Ancak bu faaliyetin gerisinde daima bir kamu hizmeti vardır. Kamu hizmeti, kamusal

⁷¹ Danıştay 10. Dairesi, 29.01.2007, E:2004/7285, K:2007/212, (Yayınlanmamış Karar).

⁷² ÖZDEMİR, Necdet, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları 1963, s. 7.

⁷³ ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, s. 56–58.

ihtiyaçları karşılamak üzere idarenin yönetimi ya da gözetimi altında yapılan ve amacı kamu yararı olan faaliyetlerdir. Buna göre, idarenin manevi tazminat sorumluluğu kamu hizmetlerinden doğan zararların karşılanıp giderilmesini amaçlayan hukuki bir kurum olarak da tanımlanabilir.⁷⁴

Bunlardan başka, manevi zararın idareyle ya da idari faaliyetle ilgisi bulunmalıdır. Zararla idari faaliyet arasında doğrudan doğruya bir ilişkinin bulunması gerekir. Yani idari faaliyet zararın gerçek nedenini oluşturmalıdır. İliyet bağı denilen bu bağın yokluğu da idareyi sorumluluktan kurtaracaktır.⁷⁵

İdarenin manevi tazminat sorumluluğu için bu Şartların varlığı zorunlu ise de, yeterli değildir. Bunun için bir takım olumsuz Şartların, yani bulunmaması gereken bazı hl ve sebeplerin de bulunmaması gereklidir. İdarenin sorumluluğunu kaldırmak veya azaltmak Şeklinde etkide bulunan bu hal ve sebepler; mücbir sebep, beklenmeyen hl, zarar görenin davranışı ile üçüncü kişinin davranışıdır.⁷⁶

Ancak belirtmek gerekir ki, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 11.01.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin 2. fıkrasında, *“Bu kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.”* hükmü yer aldığından ve yine 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 12.01.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde idari eylem ve işlemlerden ve idarenin diğer sorumluluk hallerinden doğan maddi ve manevi tazminat davalarının asliye hukuk mahkemelerinde görüleceği hüküm altına alındığından, 12.01.2011 tarihinde sonra açılacak idarenin eylem ve işlemlerinden doğan ve kişinin vücut bütünlüğünün ihlali ve ölüm halinde açılacak manevi tazminat davalarına asliye hukuk mahkemelerinde bakılacak,

⁷⁴ YENİCE/ESİN, s. 77–78.

⁷⁵ YENİCE/ESİN, s. 84.

⁷⁶ İŐIKLAR, Celal, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarında İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Nedenler”, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Ankara 28–29 Mayıs 2009, (569–637), s. 571.

01.07.2012 tarihinden sonraki bu nitelikteki davalarda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda da, buraya kadar ele alınan idarenin manevi tazminat sorumluluğu için doğması gereken şartlar yerine, idarenin manevi tazminat sorumluluğunun doğup doğmadığı araştırılırken Borçlar Kanunu'ndaki manevi tazminat sorumluluğu için doğması gereken şartların oluşup oluşmadığına bakılacaktır.

Manevi zararlar, kendi içinde, biri maddi etkileri olan manevi zararlar, diğeri maddi etkileri olmayan manevi zararlar olmak üzere ikiye ayrılabilir. Birinci gruba kişinin fizik yapısına verilen zararlar, ikinci gruba kişilik haklarına verilen zararlar örnek olarak gösterilebilir. Manevi zararlar, şeref ve haysiyete, vücut bütünlüğüne ve kişinin yakınlarına yapılan saldırılar nedeniyle hissedilen acı ve üzüntülerdir. Mesela, kişinin fizik yapısının bozulması, yaşama ve kazanma gücünün azalması durumunda ya da idarenin hukuka aykırı işlemi ile zarar gören memurun bu işlem nedeniyle çektiği üzüntü ve acıyı ya da yakınlarının ölümü dolayısıyla duyulan acı ve üzüntüyü tatmin ve telafi etmek üzere idare manevi tazminat ödemeye mahkûm edilecektir.⁷⁷

Manevi tazminat maddi tazminatın bir uzantısı değildir. Maddi tazminat istemeden de manevi tazminat istenilebilir.⁷⁸

Manevi zararların para ile ölçülüp, değerlendirilip tam karşılığının tespiti mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında, “ ‘manevi zarar’ sorunu, zararın değerlendirilmesi ve giderilmesi yönlerinden özelliği ve büyük güçlükleri olan bir sorundur. Özellik ve güçlük, insanın manevi varlığına yapılan saldırıların etkilerini ölçüye vurmaktaki imkânsızlıkta ve manevi kayıpların telafi kabul etmez niteliğindedir.”⁷⁹ demiştir. Ancak bu tür zararların tazmini para ile gerçekleştirilir. Tazminde belirlenen miktar genelde peşin olarak ödenir. Bazen irad şeklinde ödemenin yapılması da mümkündür. Buna hakim somut olayın şartlarına

⁷⁷ GÖZÜBÜYÜK, Şeref/DİNÇER, Güven, **İdari Yargılama Usulü**, Ankara: Turhan Kitabevi 2001, s. 223–224.

⁷⁸ GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, s. 224.

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, 11.12.1969, E:1968/33, K:1969/12 (Aktaran: ÖZGÜLDÜR, Serdar, “**İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi**”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S. 11, 1997, (1–72), (Tazminat Hesaplama Yöntemi), s. 25.

göre hükmeder. Manevi tazminatta güdülen amaç, maruz kalınan olay veya durum nedeniyle kişilerin karşılaştıkları karmaşanın bir ölçüde de olsa giderilmesi, normale dönme için yardımcı olunmasıdır. Diğer bir deyişle, ödenen tazminat ile zarara uğrayan kişinin hafızasından yaşanan olayların etki ve izlerini silmek veya azaltılmasını sağlamaktır. Şu bir gerçektir ki, ödenecek tazminat tutarı ne olursa olsun uğranılan zararın tam bir karşılığı hiçbir zaman olamaz. Çünkü zarar verici olay hiç olmamış gibi eski durum ve şartların yaratılması mümkün değildir. Manevi tazminata hükmedilmesi ile zararın mağdurun manevi alanda uğramış olduğu elem ve ıstırap bir ölçüde tatmin edilmeye çalışılır. Kısacası, manevi zarar kolayca parasal olarak değerlendirilip nakdi bir miktara kesin bir hesapla dönüştürülemeyeceği ve hakim tarafından belirlenecek nakdi miktarın engellenemez bir biçimde sembolik bir niteliği olduğu sürece, sorun hassasiyet göstermeye devam edecektir.⁸⁰

İdarenin manevi tazminat sorumluluğunun amacı maddi tazminatta olduğu gibi, kamu hizmetlerinden doğan zararların giderilmesi olduğundan, genel olarak zararın giderilmesi iki şekilde olabilir: Nakden tazmin ve aynen tazmin. Aynen tazminin idari yargıda yeri yoktur. Çünkü hem çoğu kez aynen tazminin uygulanmasının imkânı yoktur hem de, mahkemenin aynen tazmine hükmetmesi idareye emir vermesi ile mümkündür ki, bu durum idare hukuku ilkelerine ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır.⁸¹ Ayrıca, manevi zararın maddi olarak ölçülemeyen niteliği nedeniyle aynen tazmini imkansız kılmaktadır. Türk Hukukunda idarenin sorumluluğu konusunda zararın giderilmesi söz konusu olunca, Danıştayca istikrar kazanmış uygulamaya göre, zarar para ile tazmin edilir.⁸²

İdari sorumluluk teorilerinin hepsi kamu gücünden doğan zararların giderilmesi için farklı hukuki kural ve dayanakları göstermekle birlikte, fiziki alemde bunun gerçekleşmesi idari yargıya özgü bir dava türü olan “Tam Yargı” davaları ile mümkün olacaktır.⁸³ İdarenin manevi tazminat sorumluluğuna dayanan

⁸⁰ ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, s. 159–160.

⁸¹ ESİN, 2. Kitap, s. 14.

⁸² GÜRAN, Sait, “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu**, Ankara 1979, (151–170), s. 158.

⁸³ ÖZAY (ÖZGÜLDÜR), s. 813.

uyuşmazlıklarda da sorumluluk iddiasındaki zarar görenlerin idari yargıda tam yargı davaları açmaları gerekmektedir.

Manevi tazminat miktarının takdirinde, genel olarak olayın nedeni ve meydana geliş şekli, zarar görenin ekonomik ve sosyal durumu, zarar gören ve üçüncü kişinin kusurunun bulunup bulunmadığı, hizmet kusurunun ağırlık derecesi ile birlikte ölüm olayında, ölen ile tazminat isteyen kişi arasındaki yakınlık derecesi, cismani zararda, zararın niteliği, bunun doğurduğu ve doğuracağı sonuçların dikkate alınması gerekir.⁸⁴

Manevi tazminat davalarında, çeşitli sübjektif etmenlerin miktarı etkilemesi ile manevi tazminatın takdire belirlenmesi nedeniyle, sonucu etkileyecek, aynı zarar verici davranışın farklı kişilerde farklı etkiler yapacağı kesin olmakla birlikte, bu ayrımların hangi hallerde, hangi alanlarda, hangi nedenlerle, ne oranlarda yapılacağı konusunda belli bir dikkati gözetmek, hukuk istikrarını sağlamak bakımından önemlidir.⁸⁵

⁸⁴ ESİN, 2. Kitap, s. 452–453.

⁸⁵ GÜRAN, s. 168.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN MANEVİ TAZMİNAT SORUMLULUĞU İÇİN GEREKEN ŞARTLAR

I. İDARENİN EYLEM VEYA İŞLEMİ

Tüm sorumluluklarda olduğu gibi, idarenin manevi tazminat sorumluluğuna gidebilmek için de ortada idareden kaynaklanan, idareye atfolunabilir bir eylem veya işlem olması gerekir.

A. İDARİ İŞLEM

Hukukî olay, insan iradesi sonucu olup olmadığına bakmaksızın, hukuk sisteminin kendisine hukukî sonuç öngördüğü olaylardır. Bir olay hukukî bir sonuç doğmasına neden olmuyorsa hukuk dışı olaydır ve bunlar hukuk bakımından hiçbir önem taşımazlar.⁸⁶ Bir takım fiili durumlar ile doğal olaylar, insanların maddi fiilleri ve işlemleri, hatta ihmalleri ve nihayet böyle bir değişikliği istemeleri ve iradelerini bu noktaya yöneltmeleri birer hukuki olay doğmasına yol açar.⁸⁷

İnsan iradesi sonucu olan ve hukuk sisteminin kendilerine hukukî sonuç öngördüğü olay olan hukuki fiilin bir türü olan hukuki işlem ise, hukuk düzeninin uygun bulduğu hukuki sonuca yönelmiş irade açıklamalarıdır.⁸⁸ Hukuki işlemlerde, bir hakkın doğması veya başkasına geçmesi ya da niteliğinin değiştirilmesi yahut işlemin tümüyle ortadan kaldırılması amaçlanır.⁸⁹

İdare de, diğer kişiler gibi, görevlerini ve faaliyetlerini hukuki eylem ve işlemlerle yürütür. İşte, idarenin işlemleri, yapıldıkları anda var olan hukuki durum ve ilişkilerde bir değişiklik yapmaya, yani yeni hukuki durumlar oluşturmaya, var olan hukuki durumları ise değiştirmeye ya da ortadan kaldırmaya yönelen irade

⁸⁶ ESENER, Turhan, **Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği**, Ankara 1969, s. 6.

⁸⁷ ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.I, İstanbul: 1966, s. 275.

⁸⁸ ESENER, s. 9; AYAN, Mehmet, **Medeni Hukuka Giriş**, 5. Baskı, Konya, 2009, s. 108.

⁸⁹ YILDIRIM, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri II**, Konya, 2010, s. 37.

açıklamalarıdır.⁹⁰ Daha geniş bir ifadeyle, idari işlem, idarelerin idari faaliyetlerine ilişkin olarak ve kamu gücü kullanarak, kamu hukuku kurallarına göre, tek yanlı olarak yaptıkları ve muhataplarını, bir takım hak ve/veya yükümlülük sahibi kılan idari muamelelerdir.⁹¹ Hukuki işlemlerin kamu hukuku alanındaki en çok görülen şekli, idari faaliyetlerin hukuki temelini oluşturan idari işlemlerdir ve bu işlemler de, diğer hukuki işlemler gibi, hukuki etki ve sonuçlar doğurmak amacını taşıyan irade açıklamalarıdır.⁹² Ancak idarenin her işlemi idari işlem olmadığı gibi, özel hukuk tüzel kişilerinin bazı işlemleri de idari işlem niteliğindedir.

İdari işlemler, hem özellikleri, hem de öğeleri yönünden özel hukuk işlemlerinden ayrılırlar.⁹³ İdari işlemin ayırıcı özellikleri şunlardır:

1. Yapıcısının İdare Olması

İdari davaya konu edilen bir işlemin idari olarak nitelendirilebilmesi, idare makamları tarafından yapılmış olmasına bağlıdır. Ayrıca; söz konusu idare makamlarının Türk İdaresi olması da gereklidir. Yabancı devletlerin idari makamlarının yapmış oldukları idari nitelikteki işlemlerin, Türk İdari Yargı yerlerinde açılacak idari davalara konu edilmeleri ve hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmaları mümkün değildir.⁹⁴

Bazı özel hukuk kişilerinin işlemleri ise, idari işlemdir. Özel hukuk kişileri kamu gücüne dayanarak bazı işlemleri yapıyorsa bu işlemlere idare hukuku kuralları uygulanacaktır. Danıştay, Türkiye Futbol Federasyonunun, 3461 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle “*genel idarenin dışında yer alan bir özel hukuk tüzel kişiliğine dönüştüğü*”nü kabul etmekle birlikte⁹⁵, bu özel hukuk tüzel kişinin işlemlerinin idari işlem olabileceğini, Federasyonun “*özel hukuk hükümlerine tabi olduğunun*

⁹⁰ GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2008, s. 983.

⁹¹ TOPUZ/ÖZKAYA, s. 10.

⁹² CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları 2005, s. 66.

⁹³ YILDIRIM, Ramazan, **Açıklamalı Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramlar Sözlüğü**, Konya, 2006, s. 232.

⁹⁴ Danıştay 10. Dairesi, 10.02.1992. E:1992/586. K:1992/697, (Aktaran: CANDAN, s. 67)

⁹⁵ Danıştay 10.Dairesi, 20.02.1991, E:1989/2924, K:1991/547, Danıştay Dergisi, S. 82–83. s. 1005.

hükme bağlanmış olmasının, salt bu nedenle Federasyonca ve Federasyon bünyesinde yer alan kurullarca tesis edilen işlemlerin idari işlem olması niteliğini” ortadan kaldırmadığına karar vermiştir.⁹⁶ Tarım Bakanlığının bazı illerde at yarışı düzenlemek yetkisini belli bir süre için kendisine verdiği Türkiye Jokey Kulübü’ne karşı açılan bir davada, Uyuşmazlık Mahkemesi, Türkiye Jokey Kulübü’nün Dernekler Kanunu’na tabi bir özel hukuk tüzel kişisi olmasına rağmen, “*müşterek bahis tertip etmek salahiyetine sahip Komiserler Kurulunun dava konusu kararının idari nitelikte*” olduğuna karar vermiştir.⁹⁷ Ayrıca özel ilköğretim okulu öğrencilerine verilen notlar da idari işlemdir ve notların tespitine ve iptaline karşı açılacak davalar idari mahkemelerde görülecektir. Nitekim Ankara 3. İdare Mahkemesi’sinin verdiği bir kararda, ... Koleji 9. Sınıf öğrencisinin matematik dersi sınav notunun iptali istemiyle açılan davada, sınav kâğıdı üzerinde delil tespiti suretiyle yapılan bilirkişi incelemesinde de davacının başarısız olduğunun takdir edildiği gerekçesiyle davanın reddi gerektiğine hükmetmiştir.⁹⁸

Bunun dışında, idari makam olmayan yasama ve yargı organlarının yasama ve yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin olarak yapılan işlemlerin kendine özgü rejimleri olmasına rağmen, bu kuruluşların, “idari fonksiyon” niteliğindeki işlemleri söz konusu hukuki rejimlerin dışında kalır ve maddi bakımdan idari işlem rejimine tabi olur.⁹⁹

2. İdari Faaliyetin Yürütülmesi Amacıyla Yapılması

İdarenin hukuki sonuç doğurmayı amaçlayan her irade açıklaması bir “hukuki işlem” olmakla birlikte; idarenin yaptığı her hukuki işlem bir “idari işlem” değildir. Çünkü idarenin bazı işlemleri kamu hukukuna değil, özel hukuka tabi olmakta ve bunlardan doğan uyuşmazlıklara da adli yargıda bakılmaktadır. İdarenin özel hukuka tabi işlemlerine “idarenin özel hukuk işlemleri” denmektedir. Bunlara; idarenin özel mallarının işletilmesine ilişkin işlemleri (idarenin kamu hizmetinde kullanılmayan

⁹⁶ Danıştay 10.Dairesi, 17.06.1991, E.1991/1149, K.1991/2286, Danıştay Dergisi, S. 84-85.

⁹⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, 13.02.1995, E:1995/2, K:1995/1, Resmi Gazete, 20.03.1995, S. 22233, s. 29.

⁹⁸ Ankara 3. İdare Mahkemesi, 30.12.2004, E:2004/2781, K:2004/2020 (Yayımlanmamış Karar).

⁹⁹ DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul: 1982, s. 385.

bir malını kiraya vermesi, satması gibi), idarenin özel hukuka tabi sözleşmeleri (idarenin kamu hukuku kurallarına göre değil, özel hukuk kişisi gibi, irade serbestîsi ilkesine göre yaptığı sözleşmeler.), kamu iktisadi teşebbüslerinin üçüncü kişilerle olan işlemleri örnek olarak gösterilebilir.¹⁰⁰

3. Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Kullanılması

Kamu gücü ayrıcalıklarının kullanılması, idarenin, söz konusu işlemin yapılması sırasında, kamu hukuku alanına giren kanuni düzenlemelerin kendisine vermiş olduğu üstün yetkilere dayanarak hareket etmiş olmasıdır.¹⁰¹ İdarelerin faaliyetlerini yürütürken donatıldıkları kamu gücü, muhataplarının iradelerinden bağımsız şekilde hatta onların farklı iradelerine rağmen, idarelere tek yanlı olarak hukuki sonuçlar ve etkiler yaratacak işlemler yapabilme yetki ve yeteneğini tanımaktadır.¹⁰²

4. Tek Yanlı İrade Açıklamasının Ürünü Olması

Yukarıda belirtildiği gibi idarenin her türlü işlemi, idari işlem niteliğinde değildir. İdarenin bir işlemine idari işlem diyebilmek için, en belirleyici özellik idari işlemlerin tek yanlı irade açıklamalarının ürünü olmasıdır.¹⁰³ İşlemin tek yanlı olması, idare edilenlerin rıza ve onayları alınmaksızın, yalnızca idarenin iradesi ile yapılmış olmasıdır. İdare edilenlerin başvurusu üzerine yapılmış olması, işlemin tek yanlı olma niteliğini etkilemez. İdarenin tek yanlı iradesi ile yaptığı işlemlerin tümü, idari davalara konu edilebilirler. Bir idari işlemin, tek yanlı sayılabilmesi için, bir kamu görevlisi tarafından yapılması ile birden fazla kamu görevlisinin aynı yöndeki iradelerinin birleşmesiyle oluşması arasında fark yoktur.¹⁰⁴

¹⁰⁰ GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. I, 2. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları 2009, s. 656.

¹⁰¹ CANDAN, s. 74.

¹⁰² ERKUT, Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara: Doktora Tezi, 1990, s. 13.

¹⁰³ ERKUT, s. 10.

¹⁰⁴ CANDAN, s. 74–75.

5. Kesin Olması

İdari işlemin kesinliği, bir idari davaya konu edilebilmesi için aranan özelliklerden biridir. İdari işlemin kesinliği, işlemin, hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için, uyulması gereken sürecin son aşamasının da geçirilmiş olması; başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeyen bir aşamaya gelmiş bulunmasıdır. Eğer bir idari işlemin tamamlanması için hiyerarşik makamın veya vesayet makamının onayı gerekiyorsa, idari davaya konu edilebileceğinden bahsedilemez. Çünkü işlem ancak bu onaydan sonra, kesinlik kazanır.¹⁰⁵

6. İcrailik

Kamu gücü ve yetkisinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek kalmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler icraidirler.¹⁰⁶

Sonuç olarak, idari işlemlerin temelini kamu gücü kullanılması olduğu, bunun göstergesinin de ilgilinin isteğine bağlı olmaksızın, idarenin tek yanlı iradesi ile ilgilinin hukuki durumunda etki yapabilmesi olduğu sonucuna varabiliriz.

Bir işlemin idari işlem olmasının sonuçları ise, idare hukukuna tabi olması ve idari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklara idari yargıda bakılmasıdır.

B. İDARİ EYLEM

İdari işlemler, hukuk düzeninde değişiklik ve yenilik meydana getiren irade açıklamaları olduğu halde; idari eylemler, fiziki alanda görülen iş, hareket ve çalışmalardır. Gerçi idari eylemlere bazen bir takım hukuki etki ve sonuçlar ön görülebilir ancak bu etki ve sonuçlar, eylemin kendisinin re'sen doğurduğu hükümler olmayıp, hukuk düzeninin ilgililere tanıdığı hak ve yetkilerin kullanılması, yani iradelerin açıklanması ile ortaya çıkabilir. Başka bir deyişle, idari eylemler, hukuk kurallarının ön gördüğü etki ve sonuçların ön koşuludur, fakat doğrudan doğruya bu

¹⁰⁵ ERKUT, s. 120.

¹⁰⁶ CANDAN, s. 78.

sonuçların yapıcısı değildir.¹⁰⁷ Yani, eylemlerde irade, fiziki alanda değişiklik yapmaya yöneldiği halde, işlemlerde irade, hukuk alanında değişiklik yapmaya yönelmiştir.¹⁰⁸ Ayrıca diyebiliriz ki, idarenin işlemleri, daha sonra idari eylemlerle uygulama konur ve gerçekleştirilir.¹⁰⁹

İdarenin faaliyetleri sırasında, iradesi dışında gerçekleşen olaylar, bilerek ve isteyerek yapmış olduğu maddi fiiller ile hareketsiz kalması sonucunda meydana gelen bir takım fiili durumlar “idari eylem”i oluşturur. Öte yandan, bir idari işlemin icrası da bir eylem aracılığıyla gerçekleştirilmekle beraber; bu eylemin sebebinin teşkil eden idari işlem halen kurucu niteliktedir. Dolayısıyla, bir işlemin icrası nedeniyle oluşan eylem, daha önceden var olan bir prosedürün belirli bir aşamasından ibarettir ve asıl olan hala idari işlemdir. Ancak her ne şekilde olursa olsun, idari eylemler iptal davasına konu olamazlar çünkü idari eylemler yapıldıkları anda hukuki sonuçlarını doğururlar ve yapılmakla tükenirler. Bundan dolayı da, olmuş bitmiş bir eylemin, maddi bir fiilin iptal edilmesi de söz konusu olamaz.¹¹⁰ Bu nedenle, idari eylemler sadece tam yargı davalarının konusunu oluşturabilir.

II. MANEVİ ZARAR

A. GENEL OLARAK

Manevi zarar, kişinin onuruna, vücut bütünlüğüne veya yakınlarına yapılan saldırılar nedeniyle duyulan bedensel veya ruhsal acı ve üzüntülerdir.¹¹¹

İdari yargı mercilerinin verdiği kararların uygulanmaması nedeniyle, ilgilinin hissettiği ruhsal acılar¹¹², yargı kararıyla hukuka aykırılığı saptanan sınav sonrasında yeniden sınava tabi tutulan davacının geç atanması nedeniyle hissettiği acı¹¹³,

¹⁰⁷ DURAN, s. 381.

¹⁰⁸ GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER, s. 983.

¹⁰⁹ DURAN, s. 384.

¹¹⁰ ERKUT, s. 14.

¹¹¹ GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 9. Baskı, Ankara: İmaj Yayıncılık 2004, s. 345.

¹¹² Danıştay 5. Dairesi, 09.11.1982, E:1980/2557, K:1982/10103, <http://www.danistay.gov.tr>, (30.09.2010).

¹¹³ Danıştay 5. Dairesi 10.06.2002. E.1999/2771. K.2002/2723, <http://www.danistay.gov.tr>, (30.09.2010).

memuriyete intibakı altı ayı aşkın bir süre yapılmayan davacının duyduğu acı¹¹⁴, kadrosu dışında çalıştırılan memurun ölümü nedeniyle mirasçılarının duyduğu acı ve ıstırap¹¹⁵, belediyenin inşa ettiği elektrik nakil hatlarının evinin balkonunun çok yakınından geçmesi sebebiyle davacının bu hatlara çarparak sakat kalması sonucunda duyduğu acılar¹¹⁶, hissedarı bulunduğu taşınmazın her iki yanına imar mevzuatına aykırı yapı yapılmasına izin verilmesi sebebiyle duyulan acılar¹¹⁷, konut tahsis kur'asına hukuka aykırı bir biçimde iştirak ettirilmeyen davacının duyduğu acı¹¹⁸, yıkılacak derecede tehlikeli yapı olmadığı yargı kararı ile saptanan evin yıkılmış olması nedeniyle duyulan üzüntü¹¹⁹, ruhsatsız olması nedeniyle yıkılmasına karar verilen ancak belediyece yıktırılmayan binanın çökmesi sonucunda binanın altında kalarak ölen şahsın yakınlarının duyduğu üzüntü¹²⁰, tarihi surlar etrafındaki koruma şeridinde uyulmadan iş yeri açma ruhsatı verilen işyerinde bulunan birisinin, sur duvarlarının yıkılması sonucunda ölmesi nedeniyle yakınlarının duyduğu üzüntü¹²¹, gerekli trafik işaretlemelerinin yapılmamış olması nedeniyle meydana gelen kaza sonucunda ölen kişinin yakınlarında oluşan acı ve ıstırap¹²², hukuka aykırı kayıt silme işlemi nedeniyle duyulan acılar¹²³, yerleşim yeri içinde bulunan kanalın çevresinde

¹¹⁴ Danıştay 5. Dairesi 11.10.2002. E.1999/2053. K.2002/3798, <http://www.danistay.gov.tr>, (30.09.2010).

¹¹⁵ Danıştay 5. Dairesi 16.09.2005. E.2001/2534. K.2005/3655, <http://www.danistay.gov.tr>, (30.09.2010).

¹¹⁶ Danıştay 6. Dairesi 09.10.1984. E.1983/365. K.1984/2813, <http://www.danistay.gov.tr>, (30.09.2010).

¹¹⁷ Danıştay 6. Dairesi 31.10.1984. E.1982/4523. K.1984/2963, <http://www.danistay.gov.tr>, (30.09.2010).

¹¹⁸ Danıştay 6. Dairesi 21.05.1985. E.1985/143. K.1985/880, <http://www.danistay.gov.tr>, (30.09.2010).

¹¹⁹ Danıştay 6. Dairesi 11.12.1990. E.1989/2413. K.1990/2551, <http://www.danistay.gov.tr>, (30.09.2010).

¹²⁰ Danıştay 6. Dairesi 25.10.1993. E.1992/4565. K.1993/4462, <http://www.danistay.gov.tr>, (30.09.2010).

¹²¹ Danıştay 6. Dairesi 23.2.2004. E.2002/4271. K.2004/995, <http://www.danistay.gov.tr>, (30.09.2010).

¹²² Danıştay 8. Dairesi 26.1.1983. E.1982/2490. K.1983/120, <http://www.danistay.gov.tr>, (30.09.2010).

¹²³ Danıştay 8. Dairesi, 02.06.1986, E:1985/810, K:1986/413, <http://www.danistay.gov.tr>, (30.09.2010).

koruma önlemlerinin alınmaması nedeniyle kanala düşen kişinin ölümü olayında, ölenin yakınlarının duyduğu ıstırap¹²⁴ manevi zarara örnek olarak gösterilebilir.

Buna karşılık, tutuklanması ve hakkında ceza davası açılması nedeniyle görevden uzaklaştırılan¹²⁵; usulüne uyulmadan alınan inşaat ve tadilat ruhsatlarının diğer hissedarlar tarafından açılan davada usule aykırılık gerekçesiyle iptal edilmesi, usulüne uygun olarak yapılacak bir başvuru ile tekrar inşaat ve tadilat ruhsatı verilmesine engel oluşturmayacağından, sırf inşaat ve tadilat ruhsatı iptal edilmiş olmasıyla¹²⁶; para ve eşyanın kaybolması biçimindeki olayda¹²⁷; parodi niteliğindeki bir televizyon programında yer alan isim benzerliğinden ötürü tüzelkişiliğe sahip olan¹²⁸ kişilerin manevi zarara uğradığından ise söz edilemeyecektir.

B. MANEVİ ZARARIN ÖZELLİKLERİ

İdari yargıda da, manevi tazminata hükmetmek için, öncelikle manevi zararın belli özelliklerinin olması gerekir.

1. Ortada Bir Manevi Zarar Olmalıdır

İdarenin sorumluluğunun, başka bir ifadeyle idarenin manevi tazminat borcunun doğabilmesi için ilk şart ortada bir “manevi zarar”ın bulunmasıdır.¹²⁹ Zarar en önemli sorumluluk şartıdır. “Zarar olmayan yerde hukuki sorumluluk da yoktur.”¹³⁰ Hukukumuzda, kişinin manevi değerlerinde meydana gelen ve onun yaşama zevkini azaltan durumların, hangi nedenlerden doğabileceği açıkça belirlenmiştir. Türk Medeni Kanunu’nun 24 ve 25. maddelerinde, “*hukuka aykırı*

¹²⁴ Danıştay 10. Dairesi, 13.04.1992, E:1990/3505, K:1992/1385, <http://www.danistay.gov.tr>, (30.09.2010).

¹²⁵ Danıştay 5. Dairesi, 19.01.2004. E:2000/4550, K:2004/30, <http://www.danistay.gov.tr>, (30.09.2010).

¹²⁶ Danıştay 6. Dairesi, 07.02.1993, E:1992/4339, K:1983/527, <http://www.danistay.gov.tr>, (30.09.2010).

¹²⁷ Danıştay 10. Dairesi, 31.3.1983, E:1982/2577, K:1983/726, <http://www.danistay.gov.tr>, (30.09.2010).

¹²⁸ Danıştay 10. Dairesi, 05.10.1994, E:1993/5009, K:1994/4614, <http://www.danistay.gov.tr>, (30.09.2010).

¹²⁹ ESİN, s. 213.

¹³⁰ GÖZLER, C.II, s. 1279; EREN (Borçlar Hukuku), s. 472.

olarak kişilik haklarına saldırılan” kişinin manevi tazminat isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Borçlar Kanunu’nun 47 ve 49. maddelerinde (TBK m.53–58) de, bedensel zarara uğrayan veya kişilik haklarına hukuka aykırı bir şekilde saldırılan kişi ile ölenin ailesine manevi tazminat verilebileceği belirtilmiştir. İdari yargıda da bu hükümlerden yararlanılmakta ve manevi tazminata, özel hukuktaki bu düzenlemelere paralel olarak, “ölüm”, “bedensel zarar” ve “kişilik haklarına saldırı” hallerinde hükmolunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, manevi tazminat sorumluluğunun doğması için aranan “bir manevi zararın varlığı” şartı, “kusur” şartına göre istisnası olmayan bir şarttır. Yani idarenin kusurlu olmadığı hallerde dahi sorumluluğuna hükmedilebilecek iken, eğer ortada zarar yoksa tazmin edilecek bir şey de yok demektir.

Danıştay da bir kararında¹³¹, görevden çekilmiş sayılma işleminden dolayı davacı lehine yapılan manevi tazminat talebinin, “...*Doktrinde ve yargı içtihatlarında açıkça ortaya konulduğu üzere, manevi tazminat, karşı tarafın işlem ve eylemleri sonucu ilgililerin, kişilik haklarına kasıtlı ve ağır bir saldırı nedeniyle uğradıkları elem ve üzüntünün kısmen giderilmesine yönelik bir tatmin aracıdır. Olayda ise yukarıda belirtilen şekilde kişilik haklarına doğrudan bir saldırı ve bunun sonucu gerçekleşen bir manevi zararın bulunmadığı*” gerekçesiyle, manevi zarar olmadan manevi tazminata hükmedilemeyeceği sonucuna varmıştır.

2. Manevi Zarar “Gerçekleşmiş” Olmalıdır:

Manevi tazminat sorumluluğunun doğması için ikinci şart manevi zararın gerçekleşmiş olmasıdır. Yani, manevi zarar gerçekleşmemişse, sırf zararın gerçekleşme ihtimali ve tehlikesi olduğu için manevi tazminata hükmedilemeyecektir. Çünkü idarenin sorumluluğunun amacı, idareyi cezalandırmak değil, ortaya çıkan zararı gidermektir.¹³²

¹³¹ Danıştay 12. Dairesi 17.06.2005. E:2004/1604. K:2005/2529, <http://www.danistay.gov.tr>, (01.10.2010).

¹³² GÖZLER, C.II, s. 1304–1305.

Danıştay da bir kararında¹³³, “İdari işlemler nedeniyle tazmini gereken bir zarardan söz edebilmek için, zararın gerçekleşmiş olması ya da gerçekleşeceğinin kesin olması da gerekmektedir. Gerçekleşme olasılığı bulunan zararların tazmin zorunluluğu doğurmayacağı açıktır.” diyerek bu şartı aramaktadır. Manevi zararlar bakımından ise, manevi zararın gerçekleşmiş olması gerektiğinden bahsedebiliriz. Yani ölümün vuku bulması, cismani zararın veya kişilik haklarının ihlalinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. İdarenin eylem veya işlemi ile bu türden zararlar meydana gelmemiş ama ilerde zarar verme ihtimali doğmuşsa, idarenin manevi tazminat sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Yine Danıştay bir başka kararında¹³⁴, hakkında yapılan disiplin soruşturmasından dolayı duyulan üzüntü için talep edilen manevi tazminatın, ortada gerçekleşmiş bir zararın bulunmadığından bahisle reddedilmesinin yerinde olduğuna hükmetmiştir.

3. Manevi Zarar “Kesin” Olmalıdır:

Manevi tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için zararın kesin olması, yani zararın güncel olması ya da gelecekte ortaya çıkması kesin olan bir zarar olması gerekir. Güncel zararlar, hali hazırda bilfiil gerçekleşmiş olan zararlar iken, ikinci grup, söz konusu zararın gelecekte, ihtimal olarak değil, kesinlikle ortaya çıkacak olan zararlardır.¹³⁵

4. Manevi Zarar “Hukuken Korunan Bir Menfaat”e Yönelik Olmalıdır:

Bir kişinin idarenin bir fiilinden dolayı gördüğü her zarar idarenin manevi tazminat sorumluluğunu doğurmaz. İdarenin manevi tazminat borcunun doğabilmesi için, zarar gören kişinin bir hakkının veya meşru bir menfaatinin ihlal edilmiş olması

¹³³ Danıştay 10. Dairesi 15.02.1990, E:1987/11324, K:1990/278, <http://www.danistay.gov.tr>, (29.11.2010).

¹³⁴ Danıştay 10. Dairesi 23.01.1989, E:1988/1192, K:1989/93, <http://www.danistay.gov.tr>, (29.11.2010).

¹³⁵ GÖZLER, C.II, s. 1305.

gerekir. Hukuka aykırı veya gayri meşru bir menfaatin idare tarafından ihlali halinde, bu kişilerin uğradıkları zararlardan idare sorumlu olmayacaktır.¹³⁶

Örneğin, hazine arazisine gecekondur yapmış kişi, gecekondusunun idare tarafından yıkılması sonucu uğradığı manevi zararların tazminin idareden talep edemeyecektir.¹³⁷

Bundan başka, evli olan ölen kişiyle gayri meşru ilişki yaşayan kişinin ölüm dolayısıyla manevi tazminat talep hakkı bulunmamaktadır.¹³⁸

5. Manevi Zarar “Özel” Olmalıdır:

İdare hukukunda tazmin borcunun doğabilmesi için idarenin işlem veya eyleminden doğan manevi zararın özel bir zarar olması, yani bazı kişileri etkilemesi gerekir. Eğer zarar genel nitelikte bir kamu yükümü şeklinde ortaya çıkarsa tazminat sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak, idare düzenleyici işlemi ile belli kişilere özel ve olağan dışı bir zarar veriyorsa, idarenin zarar verici işlemi genel nitelikte olmasına rağmen idarenin sorumluluğunu gerektirir.¹³⁹ Nitekim AYİM Kıbrıs Barış Harekâtında şehit düşen ya da yaralanan askerlerin ya da yakınlarının açtığı maddi ve manevi tazminat davalarının reddine karar vermiştir.¹⁴⁰ Bu husus yakın tarihli bir kararda da şöyle ifade edilmiştir¹⁴¹: “*Bölücü terör örgütlerine karşı girişilen mücadelede ölenlerin yakınlarının maruz kaldıkları zararın idarece hangi tür sorumluluğu gerektireceği hususunu belirlerken, Devletin terör örgütlerine karşı bu faaliyetinin herkesi içine alan bir kamu külfeti mi yoksa Güvenlik Kuvvetlerinin huzuru temine yönelik faaliyetleri cümlesinden mi olduğu hususu önem kazanacaktır. Zira Mahkememizin yerleşik kararları ile herkesi içine alan bir kamu külfeti şeklinde tezahür eden genel nitelikteki zararlardan ötürü Devletin sorumlu tutulmasına idare hukuku ilkelerinin imkan vermediği belirtilerek Kıbrıs Barış Harekâtı sırasında şehit*

¹³⁶ GÖZLER, C.II, s. 1309.

¹³⁷ GÖZLER, C.II, s. 1314.

¹³⁸ FRANKO, Nisim, Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara: Doktora Tezi, 1973, s. 184.

¹³⁹ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 29. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 317.

¹⁴⁰ ÖZAY (ÖZGÜLDÜR), s. 875.

¹⁴¹ AYİM 2. Dairesi, 23.06.1993, E:1992/605, K:1993/294, <http://www.msb.gov.tr>, (03.12.2010).

düşen asker kişinin yakınlarına tazminat verilemeyeceği, bunun bir savaş sırasında şehit düşme olayı olduğu, savaş halinin bir mücbir sebep teşkil ettiği savaşın doğurduğu zararların fertlerin uğradığı bir haksızlık değil bir tabii afet olarak değerlendirilmesinin gerektiği özel ve olağan dışı nitelik taşımayan genel nitelikteki zararların Devletçe giderilmesi halinde yeni bir eşitsizliğe kamu faaliyetleri karşısında eşit olma ilkesine aykırılığa yol açacağına hükmedilmiştir.” denilmiştir.

Danıştay da bir kararında¹⁴², “...uyuşmazlık, davacının... gerçekleşmiş bir zararının doğup doğmadığı noktasında toplanmakta olup, ...işlemin yargı kararıyla iptal edildiğinden, davacının uğradığını ileri sürdüğü zararı; idare hukuku ilkelerine göre belli ve gerçekleşmiş, özel nitelikte bir zarar olmadığından davanın reddi gerektiği...” sonucuna varmak suretiyle idarenin tazminat sorumluluğunun doğması için zararın gerçekleşmiş ve özel nitelikte bir zarar olması gerektiğini belirtmiştir.

III. HUKUKA AYKIRILIK

Sorumluluğun kurucu unsurlarından biri de hukuka aykırılıktır. Sorumluluk hukuku açısından hukuka aykırılık, belirli bir hak veya hukuki varlıkları korumayı amaçlayan hukuk kuralının ihlalidir. Diğer bir deyişle, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya veya dolaylı bir şekilde koruma amacı güden yazılı veya yazılı olmayan emredici davranış kurallarının ihlaline hukuka aykırılık denir.¹⁴³

Hukuka aykırılık, hukuka aykırılığın olumlu ve olumsuz unsuru olmak üzere iki unsurdan oluşur. Olumlu unsur, zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu önlemek amacı ile belirli bir davranışı emreden bir hukuk kuralına aykırı davranış yani, yasaklayıcı hukuk kuralının ihlalidir. Hukuka aykırılığın olumsuz unsuru ise, somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmamasıdır.¹⁴⁴

Özel hukukun kişilere tanıdığı, herkese karşı ileri sürülebilen haklar olan mutlak haklar, üçüncü kişiler bakımından, uyulması gereken emredici kurallar

¹⁴² Danıştay 10. Dairesi, 31.10.1996, E:1995/37, K:1996/6551, <http://www.danistay.gov.tr>, (29.11.2010).

¹⁴³ EREN (Borçlar Hukuku), s. 548.

¹⁴⁴ EREN (Borçlar Hukuku), s. 549.

niteliğindedir. Bundan dolayı, bir kimsenin mutlak hakkına, örneğin mülkiyet hakkına, telif hakkına veya kişilik haklarına saldırı niteliğindeki fiiller, daima hukuka aykırı fiillerdir. Buna karşılık, nispi hakların, alacak haklarının ihlali ise, kural olarak, Borçlar Kanunu madde 41 (TBK m.49) anlamında bir haksız fiil değil, Borçlar Kanunu madde 96 ve devamında düzenlenen (TBK m.106 vd) bir “sözleşmeye aykırı” davranıştır.¹⁴⁵

Haksız fiil, genellikle aktif davranış şeklinde görülür. Başkasının zarar görmesini engelleyecek bir davranışta bulunmamak, örneğin boğulmak veya donmak üzere olan bir kimseyi kurtarmamak, kural olarak, hukuka aykırılık taşımaz.¹⁴⁶ Ama İdare Hukuku’nda çoğu zaman idarenin hareketsiz kalması veya gerekli tedbirleri almamış olması, o konuda görevlendirilmiş ise, hukuka aykırıdır ve idarenin sorumluluğuna yol açar.

Hukuka aykırılık şartı, sorumluluğun doğabilmesi için, fiilin haklı ya da hukuka uygun olmaması gerektiğini ifade eder. Bir fiilin ne zaman hukuka uygun ne zaman hukuka aykırı olduğu konusu ise, bütün hukuk sistemine dikkat edilerek belirlenebilir. Hukuka aykırılık şartının gerçekleşmesi için, fiilin hukukun kaynaklarından herhangi birine aykırı olması yeterli olacağından, hukuka aykırılığı “kanuna aykırılık” ile sınırlı tutmamak gerekir. Çünkü hangi fiillerin hukuka aykırı olduğu konusu genellikle kanunlarla belirlenmekle birlikte, bu zorunlu değildir. Fiil, tüzüklere, yönetmeliklere, hatta kurumun çıkardığı genelgelere de aykırı olabilir. Ancak, hukuka aykırılıkta daima emredici bir kuralın ihlali söz konusudur. Bundan dolayı, emredici nitelikte olmayan kurallara aykırılık sorumluluğa neden olmaz. Fiilin hukuka aykırı sayılabilmesi için, failin bu kuralın varlığından bilgi sahibi olması zorunlu değildir. Zira “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesi, haksız fiil sorumluluğu alanında da geçerli bir kuraldır.¹⁴⁷

“Hukuka aykırılık” ile “kusur” şartları birbiri ile karıştırılmaya müsait iki kavramdır. Hukuka aykırılık şartı, fiilin bir hukuk kuralını ihlal ettiğini anlatırken,

¹⁴⁵ REİSOĞLU, s. 141.

¹⁴⁶ REİSOĞLU, s. 141.

¹⁴⁷ KILIÇOĞLU, (Borçlar Hukuku) s. 177.

kusur ise, failin hukuku ihlal eden fiiline ilişkin iradesinden dolayı, davranışının kınanan bir davranış olduğunu belirtir. Hukuka aykırılık fiil bakımından objektif bir şart iken, kusur fail bakımından sübjektif bir şarttır.¹⁴⁸ Kusur şartı hukuka aykırı bir fiil yapan kişinin hukuk sistemince beğenilmeyen zihin ve ruh durumu içinde bulunmasını kast eder. Eğer hukuk sistemi, faili hukuka aykırı fiil yapmaya iten iradi ve zihni etkenleri kötü gözle görüyorsa fiil kusurludur. Manevi tazminat sorumluluğu için fiilin hukuka aykırılığı yeterli değildir; kural olarak failin kusurlu olması da gerekir. Eğer fail, hukuka aykırı bir fiil yaptığını biliyor (veya bilmesi gerekiyor) ve hukuka aykırı sonucu istiyorsa ya da hukuka uygun davranmak imkânına sahip olduğu halde hukuka uygun davranmamışsa kusurludur.¹⁴⁹

Bununla birlikte, idare hukukunda, genel olarak, hukuka aykırı bir işlem, idari bir kusur sayılır.¹⁵⁰ Ancak, Danıştay, her hukuka aykırılıktan doğan kusurun idarenin sorumluluğunu gerektirmediği düşüncesindedir. Danıştay, bazen hukuka aykırılığı “içtihat hatası” olarak tanımlayarak, bu durumlarda hukuka aykırılığın tazmin borcunun doğması için yeterli olmadığı ayrıca hizmet kusurunun bulunması gerektiğine hükmetmektedir.¹⁵¹ Bu gibi belirsiz ve muğlâk kavramları idarenin sorumsuzluğuna bağlamak, günümüzde hem idarenin geldiği konum, hem de kamu hizmetlerinin karmaşıklığı ile bağdaşmaz. Bu nedenle, idarenin hukuka aykırı işlemlerde sorumlu veya sorumsuz olmasını daha nesnel kurallara bağlamak doğru olacaktır. Burada önemli olan nokta, işlemden önceki durumla sonraki durum arasında bir farkın olup olmadığıdır. Eğer arada bir fark yoksa idarenin sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak, belirtmek gerekir ki, idarenin hukuka uygun işlemlerinden dolayı hizmet kusuruna dayanarak sorumluluğuna gidilemez ise de, kusursuz sorumluluğuna gidilebilecektir.¹⁵²

¹⁴⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 493.

¹⁴⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 492.

¹⁵⁰ KAPLAN, Gürsel, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, <http://www.msb.gov.tr>, (13.10.2010).

¹⁵¹ Danıştay 8. Dairesi, 28.06.1990, E:1990/981, K:1990/812 sayılı kararı, Danıştay 10. Dairesi, 20.11.1995, E:1994/5015, K:1995/5773 sayılı kararı, www.danistay.gov.tr, (13.10.2010).

¹⁵² GÖZÜBÜYÜK, (Yönetmelik) s. 294.

IV. KUSUR

A. KUSUR İLKESİ

Kusur ilkesinin on sekizinci yüzyılın sonuna kadar özel hukukta, yirminci yüzyılın başlarına kadar da idare hukukunda sorumluluğun tek kaynağını oluşturduğu kabul edilmiştir.¹⁵³ Bugün gerek özel hukuk sorumluluğunda gerek idari sorumlulukta hala kusurlu sorumluluk kuralıdır. Yani bir kişiyi (özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi ya da kamu tüzelkişilerini) sorumlu tutmak için öncelikle kusurun bulunması şarttır. Kusur olmadan sorumluluk da olmaz. Bununla birlikte Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda kusursuz sorumluluk halleri de sayılmıştır. Bir kişinin kusuru olmaksızın sorumlu olması ancak bu durumlardan birinin bulunmasıyla mümkündür. Buna benzer bir şekilde, her ne kadar kanuni düzenleme olmasa bile, gerek doktrinde gerek yargı içtihatları ile idari sorumluluk alanında idarenin de kusuru olmamasına rağmen sorumlu tutulabileceği hallerin varlığı kabul edilmiştir. Böylece, kusur olmadığı halde sorumluluğu doğuran kusursuz sorumluluk ilkesi idari yargı alanında da uygulamaya girmiştir.

B. HİZMET KUSURU

Hizmet kusuru, bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluklardır. Daha geniş bir anlatımla, idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu herhangi bir kamu hizmetinin; ya kuruluşunda, düzenlenmesinde, teşkilatında, bünyesinde, personeline veya işleyişinde, gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, gözetim, denetimin yapılmaması, hizmete tahsis olunan araçların yetersiz, elverişsiz ve kötü olması, gerekli tedbirlerin alınmaması, geç ve zamansız hareket edilmesi vb. şekillerde görülen nesnel nitelikli bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik ve sakatlıklardır.¹⁵⁴

¹⁵³ ÖZAY (ÖZGÜLDÜR), s. 755.

¹⁵⁴ SARICA, Ragıp, "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.15, S. 4, 1949, s. 859, GÖZÜBÜYÜK, (Yönetiş) s. 285.

Bir başka tanıma göre ise; hizmet kusuru, kamu hizmetlerinin hukuki varlığı ve bundan çıkan Devletin borcu ile açıklanır. Devlet kamu hizmetlerini halin gereklerine ve ihtiyaçlarına göre en uygun, bu ihtiyaçları karşılayacak şekilde, devamlı ve istikrarlı bir tarzda genele mal etmek, genelin bu hizmetlerden gereği gibi faydalanmasını sağlamak zorunluluğundadır. Bu borcun yerine getirilmemesi hizmet kusurunu oluşturur.¹⁵⁵

Hizmet kusuruyla ilgili diğer bir tanım da şu şekilde yapılmıştır: Hizmet kusuru, idarenin teşkilat yapısına ya da hizmetin sunumuna ilişkin aşamaların işleyişinde meydana gelen ya da var olan objektif nitelikli bir aksaklık veya bozukluk nedeniyle, idarece tam olarak sunulması gereken bir hizmetin eksik, yanlış ya da kötü sunulmasıdır.¹⁵⁶

İdarenin hukuki sorumluluğu alanında da, özel hukuktaki hukuki sorumlulukta olduğu gibi, kural kusura dayanan sorumluluktur. Ancak bu kusur, medeni hukukta olduğu gibi personelde veya personelin seçiminde değil, doğrudan hizmetin bünyesinde aranmaktadır.¹⁵⁷ Gerçekten özel hukukta kusur deyimi, kişiye bağlı, sübjektif bir durumu anlatır. Hizmet kusuru ise, hizmetin kuruluş ve işleyişindeki düzensizliktir.¹⁵⁸ Ayrıca hizmet kusurunun bulunması için kasıt, ihmal gibi sübjektif unsurların bulunması da gerekmez.¹⁵⁹

Bütün kamu tüzel kişilerinin genel adı olan idarenin kusuru aslında gerçek kişilerden oluşan organ ve memurlarının kusurlarının bir sonucudur. Ancak çoğunlukla bu hataları işleyen personeli tespit etmek mümkün olmadığı gibi belirlendiği hallerde de kusurlarını kişiselleştirmek doğru olmaz.¹⁶⁰ Bu nedenle “hizmet kusuru”, hizmetin içeriğinde, kuruluşunda, işleyişinde görülen ve bu hizmeti

¹⁵⁵ ONAR, s. 1695.

¹⁵⁶ TOPUZ/ÖZKAYA, s. 21.

¹⁵⁷ ÖZDEMİR, s. 22.

¹⁵⁸ ESİN, s. 27.

¹⁵⁹ YENİCE/ESİN, s. 86.

¹⁶⁰ DURAN, Lütfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları 1973, S. 138, s. 6.

gören ve görmekle yükümlü olan personele yüklenmesi mümkün olmayan tamamen idare hukuku esaslarına özgü özellikleri bulunan bir objektif kusur tipidir.¹⁶¹

“Hizmet kusuru” özel hukuktaki istihdam edenin sorumluluğundan farklı bir sorumluluktur. Hizmet kusurunda idarenin hizmete yönelik kusurundan sorumluluğu asli ve doğrudan olmasına karşılık, istihdam edenin sorumluluğu dolaylı sorumluluktur (BK. m. 55). Bunun sonucu olarak da idarenin personelin seçiminde, yetiştirilmesinde, gözetiminde, gerekli yönergelerin verilmesinde, durum ve kamu yararının gerektirdiği bütün dikkat ve özeni göstermiş olması sebebinin ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.¹⁶² Çünkü hizmet kusuru doğrudan, özel hukuktaki istihdam edenin sorumluluğu ise dolaylı bir sorumluluk çeşididir.¹⁶³

Bütün bu ifadelerden sonra denilebilir ki, hizmet kusurundan söz edebilmek için iki şartın varlığı gereklidir. Bunlardan ilki zarara yol açan faaliyetin ayrılmasına mümkün olmayacak şekilde kamu hizmetine bağlı olması; diğeri de zararın personelin kişisel kusurundan değil, hizmetin kuruluş ve işleyişindeki düzensizlikten ileri gelmesidir.¹⁶⁴

1. Özellikleri

a. Hizmet Kusurunun Bağımsız Oluşu

Hizmet kusuru özel hukuktaki sorumluluk kural ve ilkelerinin idare hukukuna uyarlanmış şekli değildir. Hizmet kusuru, idarenin kusuru olması sebebiyle, idare hukuku alanına giren bir konu olup, özel hukuk esaslarına değil, idare hukuku esaslarına tabi, müstakil bir özelliğe sahiptir. Başka bir deyişle, hizmet kusuru idare hukukuna özgü, kendine has, bağımsız ve orijinal bir kavramdır.¹⁶⁵

Hizmet kusuru, Roma Hukukundan bu yana sorumluluğun temeli olarak kabul edilen kusur prensibinden esinlenerek oluşturulmuştur. Ancak hizmet kusuru

¹⁶¹ ÖZDEMİR, s. 23.

¹⁶² ÖZAY, (ÖZGÜLDÜR), s. 743.

¹⁶³ GÖZÜBÜYÜK, (Yönetmel), s. 286.

¹⁶⁴ ESİN, s. 28.

¹⁶⁵ ONAR, C.III, 1695, ESİN, s. 29.

medeni hukuktaki gibi sübjektif bir nitelik taşımamaktadır. İdarenin hukuki sorumluluğunun kabulünde, özel hukukta çok uzun zamanlardan beri uygulanan kusur ilkesinin önemli bir etkisi olmuş ise de, kusur ilkesinin özel hukuktaki boyutuyla idare hukukunda uygulanması idarelerin çok geniş ve farklı nitelikteki faaliyetlerinde kamu gücünün kullanımından doğan zararların karşılanması için yeterli olmadığından, idare hukukunda, özel hukuktan daha farklı ve kendine özgü sorumluluk kuralları gelişmiştir. İdare hukukundaki “hizmet kusuru” kavramı özel hukuktaki kusur kavramından daha geniş, kapsamlı ve farklı bir anlam taşır.¹⁶⁶

b. Hizmet Kusurunun Asli Sorumluluk Sebebi Oluşu

Hizmet kusuru nedeniyle doğrudan sorumlu tutulan idaredir. Zarar gören kişi için önce hizmeti yerine getiren personele karşı dava açma zorunluluğu yoktur. Çünkü kamu personelinin hukuki kişiliği ortada yoktur. Personelin kişiliği adeta idare tüzel kişiliği içerisinde erimiştir. Hizmet kusurunun bu niteliği, zarar görenleri medeni sorumluluk kurallarına göre daha güçlü bir teminat altına almayı sağlar. Gerçekten hizmet kusuru sayılan olay personelin kusurundan doğmuş olsa bile, idarenin Borçlar Kanununun 55. maddesindeki (TBK m.66) “hal ve maslahatın icap ettirdiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağı” def’isini ileri sürerek kendisini kurtarabilme ve sorumluluğu personele yöneltme imkânı yoktur.¹⁶⁷

Eğer olayda, kamu personelinin kişisel kusuru söz konusu ise, münhasıran personelin şahsi sorumluluğu vardır. Ancak, olayda hizmet kusuru varsa, sadece idarenin mali sorumluluğu söz konusu olacaktır.¹⁶⁸ Yani hizmet kusurunun bulunduğu hallerde personele karşı dava açma imkânı bulunmamaktadır. Ancak hizmet kusuru ile kişisel kusurun birlikte bulunduğu hallerde idareye karşı mı, personele karşı mı dava açılacağı konusunda doktrinde bir birlik bulunmamaktadır.

¹⁶⁶ KARAVELİOĞLU, Celal, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 7. Baskı, Ankara, 2009, s. 173; ESİN, s. 17.

¹⁶⁷ ESİN, s. 29.-30; ONAR, C.III, s. 1696, TBK m. 66’da bu def’i şöyle ifade edilmiştir: “*Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.*”

¹⁶⁸ ÖZDEMİR, s. 128.

Bir görüşe göre¹⁶⁹, zarara uğrayan kişi isterse idareye isterse kişiye karşı dava açabileceksen, başka bir görüşe göre ise¹⁷⁰, bu hallerde dahi öncelik idarenin sorumluluğunda olup, idare daha sonra kusurlu personele rücu edebilecektir.

c. Hizmet Kusurunun Objektif Bir Sorumluluk Kavramı Oluşu

Hizmet kusuru belli ajan veya ajanların kusuruna dayanan bir sorumluluk değil, hizmetin bünyesinde kaynaşmış ve gizlenmiş bir kusur çeşididir. Çoğunlukla meydana gelen zarara kimin neden olduğunu bilmeye veya ortaya çıkarmaya imkân ve gerek yoktur. Ortada zarar, zarara neden olan bir idari bir işlem veya eylem, bu işlem veya eylemle zarar arasında bir illiyet bağı da var ise, ayrıca illiyet bağının idarenin hangi personelinin fiiliyle meydana geldiğini tespiti ve kusurun ona yüklenmesine gerek yoktur.¹⁷¹

Hizmet kusurunun, belirli bir kişiye, belirlenen bir ajan ve memura atıf ve izafesine gerek yoktur. Zira hizmet kusuru belirli bir ajan ve memurun şahsına dönen kişisel bir kusur olmayıp; belirli bir kamu hizmetini görmekle yükümlü olan idare teşkilatına, idare tüzel kişisine, idareye -bu hizmeti yürütmekle mükellef olması itibariyle- terettüp eden bir kusurdur. Bu itibarla kusurun belirli bir ajanla, memurla herhangi bir bağı yoktur.¹⁷²

Hizmet kusurunda, kusurlu olan personel değil, hizmetin ta kendisi olması, hizmet kusuruna objektif bir nitelik kazandırır. Bunun sonucu olarak da kusurun faili ve fiili bilinse dahi, durum değişmez ve idare kusurlu memurun bu halini öne sürerek sorumluluktan kurtulamaz ve hatta sorumluluğunu hafifletemez.¹⁷³

Gerçi idareler de sonuç olarak iradelerini ve faaliyetlerini memurlar aracılığıyla ortaya koyarlar. Bu bakımdan, hizmette görülen bir kusur sonuçta belli olan veya olmayan bir memurun bu hizmeti kurmamak, düzenlememek,

¹⁶⁹ ONAR, C.III, s. 1724.

¹⁷⁰ GÜNDAY, s. 251–252.

¹⁷¹ ÖZDEMİR, s. 29; ESİN, s. 30.

¹⁷² SARICA, s. 860.

¹⁷³ ONAR, C.III, s. 1697.

kurulmasında gerekli dikkat ve özeni göstermemek, hizmetin işleyişinde gereken emir ve direktifleri vermemek, personelin seçimde, görevlendirilmesinde, dağıtımında gerektiği kadar titiz davranmamak gibi bir takım kusurlar olarak görülebilir. Görevsel kusur da denilen bu hallerde, hizmetten tümüyle ayrılamayan bir kişisel kusur ve hizmet dışında işlenen ancak bir hizmet kusuru ile açıklanabilen kişisel kusur söz konusudur.¹⁷⁴ Ancak burada, hizmetteki kusur, yani objektif ve genel kusur özellikleri daha kuvvetlidir ve bu bakımdan hizmet kusuru esas itibarıyla anonim nitelikte görünür. Hizmet kusurundaki anonimliği sağlayan husus, kusurun belirli bir memurun şahsında aranmaması veya kusuru belirli bir memura isnat etmeye gerek olmamasıdır. Buna göre, kusurun faili belli olsa, örneğin zarar memurun ehliyetsizliğinden, yetersizliğinden veya tecrübesizliğinden çıkan bir kusura dayansa bile, idare, kusurlu memurun bu halini öne sürerek sorumluluktan kurtulamaz ve sorumluluğunu hafifletemez.¹⁷⁵

Hizmet kusurunun bulunduğu hallerde, zarara sebebiyet veren hizmetin başında bulunan memurun ismen belirlenmesi mümkün olsa ve hatta olayda belirlenmiş olsa bile, bu durum hizmet kusurunun tespitinde mahkemece hiç dikkate alınmayacağı gibi; mahkemenin kararında memurdan bahsetmeye ve memurun ismini zikretmeye de gerek yoktur.¹⁷⁶

Hizmet kusurunun bu özelliği üç şekilde ortaya çıkar.

— Hizmet kusuru teorisi tüm idare tüzel kişileri için geçerlidir. Hizmet kusuru gerek devlet tarafından yürütülen kamu hizmetlerinde, gerekse –il, belediye, köy ve kamu kurumları şeklindeki– bütün kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen kamu hizmetlerinde söz konusu olur.¹⁷⁷

— Hizmet kusuru bütün kamu hizmetleri için söz konusudur. Her türlü kamu hizmetinde görülen hizmet kusurları idarenin sorumluluğunu gerektirir. Örneğin;

¹⁷⁴ ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, s. 62.

¹⁷⁵ ÖZDEMİR, s. 30; ONAR, C.III, s. 1697.

¹⁷⁶ SARICA, s. 861.

¹⁷⁷ SARICA, s. 886.

gümrük işlemlerinde hizmet kusuru söz konusu olabileceği gibi eğitim hizmetinde de ya da devletin yürüttüğü kolluk faaliyetlerinde de hizmet kusuru söz konusu olabilir.

— Esas olan hizmet kusurudur. İdare hukukunda her sorumluluk iddiası öncelikle bu bakımdan incelenmektedir.¹⁷⁸ Başka bir deyişle, kural olarak idare aleyhine açılan tam yargı davası sonunda idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için bir hizmet kusurunun varlığı gerekli ve zorunludur. Hizmet kusuru yoksa idare de kural olarak sorumlu değildir ve tazminata mahkûm edilemez.¹⁷⁹

d. Hizmet Kusurunun Esnek Oluşu

Hizmet kusuru teorik, soyut, hissi, basit, genel, mutlak, katı değişmez bir kavramdan çok pratik, somut, deneye dayalı, birleşik, olaya bağlı, nispi, esnek, değişken ve kaygan bir kavramdır.¹⁸⁰

Bir hizmet kusurunun varlığı, her olayda durumun gereklerine ve özelliklerine göre tespit edilir. Normal zamanlarda ve normal şartlar altında kusur sayılabilecek bir eksiklik veya yanlışlık anormal ve olağanüstü durumlarda bu nitelikte görülmeyebilir.¹⁸¹ Mesela, ambulansın geç gelmesi normal bir günde, normal bir trafikte ağır hizmet kusuru olarak değerlendirebilecek iken, yağmurlu veya trafiğin çok yoğun olduğu bir günde bu şekilde değerlendirilmeyebilecektir.

İdare mahkemesi bazı kamu hizmetlerinde hafif, basit, alelade bir kusurun; bazı kamu hizmetlerinde ise ağır kusurun; nihayet bazı kamu hizmetlerinde de olağanüstü, ayrık, apaçık bir biçimde ağır bir kusurun varlığına kanaat getirdiğinde, idarenin sorumluluğuna hükmeder.¹⁸²

Bütün bu açıklamalar, hizmet kusurunun ne denli esnek bir kavram olduğunu ve sonuç itibarıyla, her olayda mahkemenin takdir ve tespitine bağlı bulunduğunu göstermektedir. Hizmet kusurunun bu özelliğinden dolayı, idare, her kusuru

¹⁷⁸ ONAR, C.III, s. 1698.

¹⁷⁹ SARICA, s. 887.

¹⁸⁰ SARICA, s. 862.

¹⁸¹ ONAR, C.III, s. 1697–1698.

¹⁸² SARICA, s. 862.

nedeniyle sorumlu değildir, idarenin tazminata mahkûm edilebilmesi için faaliyet ve hizmetlerin türüne, hal ve şartlarına göre farklı ölçüde kusurlu bulunması gerekmektedir.¹⁸³

2. Hizmet Kusuru Sayılan Durumlar

Hizmet kusuruna ilişkin çeşitli sınıflandırma girişimlerinde bulunulmuşsa da bunlar içerisinde hala önemini koruyan; iki Dünya Savaşı arasındaki sorumluluk konusu uzmanlarından Duez'in yaptığı "Hizmetin hiç işlememesi", "Geç İşlemesi" ve "Kötü işlemesi" şeklinde özetlenen sınıflandırmasıdır.¹⁸⁴ Danıştay da kararlarında hizmet kusurunun söz konusu olduğu durumlarda bu sınıflandırmayı esas alarak hüküm kurmaktadır.¹⁸⁵

a. Hizmetin Kötü İşlemesi

Bu durum hizmet kusurunun en eski ve en geniş uygulama alanı bulan şeklidir. İdare tarafından, yükümlü olduğu kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında, alınması gereken önlemlerin alınmaması, faaliyetin eksik ve yanlış yönetilmesi ya da yerine getirilecek kamu hizmetindeki kalitesizliktir.¹⁸⁶

Hizmetin kötü işlemesi bir idari eylem biçiminde ortaya çıkabileceği gibi, bir idari işlem biçiminde de ortaya çıkabilir.¹⁸⁷ Bu sorumluluğa ilişkin karar vermede her somut olayı ayrı değerlendirmek gerekir. İdari eylemlerde hizmetin kötü işlediğine dair örnek vermek gerekir ise, idarenin personel eğitiminde gerekli dikkat, hassasiyet ve özeni göstermemesi¹⁸⁸; sağlık kuruluşlarında tedavi için gerekli ilaç, alet ve personelin her zaman hazır bulundurulmaması, ameliyat sonrasında tedavi ve bakımının aksaması ve gerekli tedavinin yapılmaması, tedavi için gerekli personelin

¹⁸³ DURAN, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 34.

¹⁸⁴ ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, s. 71

¹⁸⁵ Danıştay 10. Dairesi, 28.12.2007, E:2005/8407, K:2007/6526 sayılı kararı, 20.11.2007, E:2005/7545, K:2007/5333 sayılı kararı, Danıştay 2. Dairesi 13.07.2007, E:2007/1297, K:2007/3247 sayılı kararı, Danıştay 6. Dairesi, 23.05.2008, E:2006/4923, K:2008/3340 sayılı kararı, Danıştay 8. Dairesi, 11.06.2003, E:2003/1833, K:2003/2827 sayılı kararı, Danıştay 11. Dairesi, 30.05.2007, E:2005/5144, K:2007/5685 sayılı kararı, www.danistay.gov.tr (08.10.2010).

¹⁸⁶ TOPUZ/ÖZKAYA, s. 22.

¹⁸⁷ GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, s. 661.

¹⁸⁸ Danıştay 10. Dairesi, 12.12.1991, E:1990/3737, K:1991/3762, www.danistay.gov.tr (08.10.2010).

yetersizliđi¹⁸⁹; kamu hizmetinin ifasına tahsis edilen malların bakım ve onarımının gerektiği ölçüde ve zamanda yapılmaması¹⁹⁰; ifa edilen kamu hizmetlerinin mevzuatta belirtilen nitelik ve ölçülere aykırı olarak yerine getirilmesi¹⁹¹, halkın can ve mal emniyetinin korunması şeklinde tecelli eden kamu hizmetinin düzenlenmesindeki yetersizlik ve hizmet personeli üzerindeki denetimin gereğince yapılmamış olması¹⁹².

İdarenin kanuna aykırı işlemleri de hizmetin kötü işlediğini gösterir. Örneğin, idarenin hukuka aykırı olarak yıkım kararı verdiği durumlarda hizmetin kötü işlediğinden bahsedilebilir.¹⁹³

b. Hizmetin Hiç İşlememesi

Hizmetin hiç işlememesinden idarenin sorumlu olması için, hizmetin o idarenin görev ve yetkisinde olması, bu nedenle kendisinden bir idari eylem veya işlemde bulunmasının beklenebilmesi gerekir. İdarenin takdirine bırakılan konularda ise, her zaman bir şeyler yapmasını istemek mümkün değildir.¹⁹⁴

Hizmet kusuru, idarenin somut eylemi ve davranış biçimi sonucunda oluşabileceği gibi; yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmet için somut hiçbir şey yapmaması, hareketsiz kalması hallerinde de ortaya çıkabilir.¹⁹⁵

Hizmetin hiç işlememiş olması durumu, özellikle trafik ya da bayındırlık çalışmaları ile ilgili işaretlerin konulmaması ya da emniyet güçlerinin olaya karışmaması biçiminde kendini göstermektedir.¹⁹⁶ Bu durumlar idari eylemler alanındaki hizmetin hiç işlemediği hallerin örnekleridir.

¹⁸⁹ Danıştay 10. Dairesi, 03.05.1995, E:1994/3258, K:1995/2379, www.danistay.gov.tr, (08.10.2010).

¹⁹⁰ Danıştay 10. Dairesi, 10.10.1995, E:1994/2230, K:1995/4280, www.danistay.gov.tr, (08.10.2010).

¹⁹¹ Danıştay 10. Dairesi, 16.11.1995, E:1994/4376, K:1995/5754, www.danistay.gov.tr, (08.10.2010).

¹⁹² Danıştay 10. Dairesi, 12.10.1999, E:1997/3568, K:1999/4782, www.danistay.gov.tr, (01.11.2010).

¹⁹³ Danıştay 6. Dairesi, 02.06.2003, E:2002/5832, K:2003/3421, www.danistay.gov.tr, (30.11.2010).

¹⁹⁴ YENİCE/ESİN, s. 90.

¹⁹⁵ ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, s. 79.

¹⁹⁶ GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, s. 616.

İdari işlemin yapılmaması da hizmet kusuruna neden olabilir. Böyle bir durumun hizmet kusuru olarak nitelendirilmesi için, kişinin mevzuata dayanarak hakkında bir idari işlem yapılmasını istemesi, idarenin mevzuatı uygulamaktan ve işlemi yapmaktan kasıtlı olarak kaçınması ve kişinin bu nedenle bir zarara uğraması gerekmektedir.¹⁹⁷ Danıştay da bir kararında, inşaat ruhsatının verilmemesine ilişkin işlemin hukuka aykırı olduğu ve davalı idarenin tazminat sorumluluğunun doğduğuna karar vermiştir.¹⁹⁸

c. Hizmetin Geç Veya Yavaş İşlemesi

İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu hizmetleri, hizmetin niteliklerini de göz önünde bulundurarak somut olaylarla uyum sağlayabilecek bir hızla yürütmelidir. Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde normal sayılmayacak nitelikteki bir gecikme, yerine göre bir hizmet kusuru oluşturur. İdarenin yürüteceği kamu hizmeti için bir süre öngörüldüğü durumlarda, öngörülen süreye uymak zorundadır. Süreye uymadığı takdirde, geçerli, kabul edilebilir bir mazereti yoksa hukuka aykırı davranmış olur ve neden olduğu zararı tazmin ile sorumlu tutulur. Mevzuat idareye yürütmek zorunda olduğu faaliyetleri belirlemiş ancak bunların gerçekleştirilmesi için bir süre öngörmemiş ise, idarenin o ana kadarki olağan uygulamaları, iyi işleyen bir idarenin söz konusu faaliyeti ne kadarlık bir süre içerisinde yerine getirdiği gibi objektif ölçütlerden hareketle idareye normal ve makul bir süre tanınmalıdır.¹⁹⁹ Bununla beraber, hizmetin geç ya da yavaş işlemesi konusunda bir kural koyma imkânı bulunmamakta olup, hâkim, olayın niteliğini dikkate alarak idarenin kusurlu olup olmadığına hükmedecektir.²⁰⁰

İdari işlemlerin yapılış, tebliğ ve uygulama aşamalarında ortaya çıkan gecikmeler hizmet kusuru oluşturur. Bir idari işlemin kanunlara ve hukuka uygun olması yeterli olmayıp, ayrıca işlemin yapımı ve uygulanması bakımından da belirli

¹⁹⁷ ESİN, 2. Kitap, s. 292.

¹⁹⁸ Danıştay 6. Dairesi, 05.11.1984, E:1982/4434, K:1984/2964, www.danistay.gov.tr (30.11.2010).

¹⁹⁹ ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, s. 79.

²⁰⁰ GÖZÜBÜYÜK, (Yönetmelik) s. 291.

bir çabukluğun gösterilmesi gerekir.²⁰¹ Bir memurun terfiindeki haksız ve gereksiz gecikmede²⁰², müfettiş yardımcısı olan davacının eğitim ve staj dönemini bitirmesine ve yapılan yeterlilik sınavında başarılı olmasına rağmen müfettişlik kadrosuna çok geç bir tarihte atanmasında²⁰³, bir memurun emeklilik işlemlerinin makul süre içerisinde tamamlanmamasında²⁰⁴, davacının askerlik erteleme başvurusu üzerine, davalı idarece, gerekli yazışmaların zamanında ve en kısa sürede neticelenecek şekilde yapılmayarak, 8 ay gibi bir süre sonunda davacının isteminin yerine getirilmesinde²⁰⁵ hizmet kusuru vardır.

Hizmetin geç veya yavaş işlemesi idari eylemler alanında da çokça görülebilecektir. Örneğin, hastanın uzun süre bekletilmesi ve hastanede tıbbi imkan, doktor ve serum bulunduğu halde zamanında müdahale edilmemesi sonucu ölüm olayının meydana gelmesinde²⁰⁶, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan banka üzerinde denetim görevini zamanında yerine getirmemesi, gerekli önlemleri almamasında²⁰⁷ hizmet kusuru bulunmaktadır.

Aslında, hizmetin geç ve kötü işlemesi veya hiç işlememesi ayrımı somut olayda çok net bir şekilde ortaya konulabilecek bir ayrım değildir. Çünkü itfaiyenin bir yangına geç gelmesi, hizmetin geç işlemesi olabileceği gibi, artık her şey bittikten sonra gelmesi hem hizmetin geç işlemesi hem de hizmetin hiç işlememesi durumlarına da girebilir. Sonuç olarak, bu ayrım; olayda, kusurun hangi duruma girdiğini belirlemekten çok, bu durumlardan bir veya birkaçının olduğu hallerde hizmet kusuru vardır diyebilmek için önem arz etmektedir.

²⁰¹ ESİN, 2. Kitap, s. 281.

²⁰² Danıştay 5. Dairesi, 18.05.1967, E:1966/2776, K:1967/3126 (Aktaran: ESİN, 2. Kitap, s. 284–285).

²⁰³ Danıştay 5. Dairesi, 07.11.2007, E:2005/908, K:2007/5964, (Yayınlanmamış Karar).

²⁰⁴ Danıştay 10. Dairesi, 01.05.1984, E:1984/1041, K:1984/910 (Aktaran: KARAVELİOĞLU, s. 206–207).

²⁰⁵ Danıştay 10. Dairesi, 20.10.2007, E:2005/7545, K:2007/5333, www.danistay.gov.tr (01.12.2010).

²⁰⁶ Danıştay 12. Dairesi, 18.11.1968, E:1967/2767, K:1968/2118, (Aktaran: KARAVELİOĞLU, s. 208).

²⁰⁷ Danıştay 10. Dairesi, 04.12.1997, E:1994/3467, K:1997/5311, www.danistay.gov.tr (01.12.2010).

3. Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru

Danıştay, şoför kadrosundan teknisyen kadrosuna geçen bir memurun, teknisyen kadrosunda iken, şoför olarak il dışında görevlendirilmesini ağır hizmet kusuru saymış ve idareyi bu işleminden dolayı sorumlu tutmuştur.²⁰⁸

Danıştay, devriye görevi sırasında, daha öncesinde de psikolojik problemleri olduğu açık olan bir polis memurunun başka bir polis memurunu arkadan ateş açması suretiyle öldürmesinde, idarenin hizmet kusuru bulunduğuna hükmetmiştir²⁰⁹. Danıştay bir başka kararında, Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı bünyesinde düzenlenen, yürütülen hizmetin niteliği gereği gizli kalması gerekirken basına sızdırılan belgede (susurluk raporunda) gerçeğe uygunluğu herhangi bir şekilde kanıtlanamayan, davalı idare tarafından hiçbir dayanak gösterilemeyen suçlamalara yer verilmek suretiyle kamu bankalarında genel müdürlük yapmış, daha sonra milletvekili olmuş ve bakanlık yapmış olan davacı hakkında kamuoyunda bir takım şüphe ve tereddütler uyandırıldığı, bu şekilde davacının kişilik haklarının ağır bir biçimde zedelenmesine yol açıldığı, yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetini, kişi haklarının zedelenmesini önleyecek şekilde gerekli önlemleri alarak düzenleyemeyen, hizmetin niteliği gereği olan gizliliği sağlayamayan davalı idarenin olayda ağır hizmet kusuru bulunduğuna karar vermiştir.²¹⁰

Danıştay, Sosyal Sigortalar Kurumu hastanesinde tedavi gören bir hastanın, doktor kıyafeti giymiş bir kişi tarafından tecavüze uğramasında, gerekli güvenlik tedbirlerini almayan Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı'nı kusurlu bulunmuştur²¹¹. Başka bir kararında ise, zamanın bilimsel ve teknolojik imkânlarına göre ameliyat

²⁰⁸ Danıştay 10.Dairesi, 16.09.2005, E:2001/2534, K:2005/3655, Uyap Mevzuat Programı 10,0, <http://www.adalet.gov.tr>, (22.10.2010).

²⁰⁹ Danıştay 10.Dairesi, 06.02.2003, E.2001/5221, K.2003/494, Uyap Mevzuat Programı, 10,0, <http://www.adalet.gov.tr>, (22.10.2010).

²¹⁰ Danıştay 10.Dairesi 02.10.2001, E.1999/990, K.2001/3326, <http://www.danistay.gov.tr>, (22.10.2010).

²¹¹ Danıştay 10. Dairesi 09.02.2000, E.1998/4977, K.2000/380, <http://www.danistay.gov.tr>, (22.10.2010).

yapılmasında, idarenin bir kusurunun bulunmadığına karar vermiş iken²¹², başka bir olayda da cezaevinde bulunan tutuklunun ölümünün idare tarafından yakınlarına bildirilmemesinde, idarenin hizmet kusurunun bulunduğuna karar vermiştir²¹³. Akıl hastanesinde bulunan kişinin tıbbi kontrol altında tutulmasını sağlayamayan idarenin, akıl hastasının rast gele sağa sola ateş açması sonucunda davacının yaralanmasında kusurunun bulunduğuna karar verilmiştir.²¹⁴

C. KUSURSUZ SORUMLULUK DURUMLARI

1. Medeni Hukuk Bakımından Kusursuz Sorumluluk

Başlıca hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk ve İsviçre Hukuku'nda da, kural olarak “kusur ilkesi” kabul edilmiştir. Bu ilkeye göre, haksız fiili işleyen kimse kusurlu değilse, doğan zarardan sorumlu değildir.²¹⁵ Ancak bu ilke her zaman hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmadığı, bazı zamanlarda kusurlu olmasa dahi faili sorumlu tutmanın daha adil olduğu görülerek kusursuz sorumluluk ilkesi kabul edilmeye başlanmıştır.

2. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

Kusursuz sorumluluk kavramı 19. YY ortalarında idare hukuku alanına girmiştir. Kusursuz sorumluluk, bir hukuk süjesinin hiçbir kusuru olmadığı halde, kendisi ile ilgisi olan bir zarardan sorumlu tutulmasıdır.²¹⁶ Sosyal ve teknik değişme ve gelişmelerin, idarenin hizmet alanının genişlemesi, insan hak ve özgürlüklerine verilen önem ve sosyal devlet ilkesinin yaygınlaşması hizmet kusuru ilkesinin yetersiz kalmasında ve kusursuz sorumluluk alanının genişlemesinde etkileri

²¹² Danıştay 10. Dairesi 02.11.1999, E.1997/3111, K.1999/5383, <http://www.danistay.gov.tr>, (22.10.2010).

²¹³ Danıştay 10. Dairesi 03.02.1983, E.1982/3699, K.1983/195, <http://www.danistay.gov.tr>, (22.10.2010).

²¹⁴ Danıştay 10. Dairesi 04.10.1990, E.1989/303, K.1990/2083, <http://www.danistay.gov.tr>, (22.10.2010).

²¹⁵ REİSOĞLU, s. 155.

²¹⁶ ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara 28–29 Mayıs 2009, (451–496), s. 452.

olmuştur.²¹⁷ Böylece hizmet kusuru teorisinin yetersiz kaldığı durumlarda, idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilmiştir.²¹⁸

Ülkemizde ise kusursuz sorumluluk 1961 Anayasasından sonra gelişmeye başlamıştır.²¹⁹ Kusursuz sorumluluk ilkesinin, Türkiye’de 1961 Anayasasından sonra gelişmesinin, 1961 Anayasanın 114. maddesindeki “*İdare kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” hükmü etkili olmuştur. Bu hüküm açıkça idarenin sorumluluğu kuralını getirmiştir. Bu kuralın uygulanmasını, hangi durumlarda idarenin kusurlu, hangi durumlarda kusursuz sorumluluğuna gidileceği, yasama organının takdirine bırakılmıştır. Yasama organının bıraktığı boşluğu ise, yargı yerleri içtihatları ile doldurmaktadır. Yargı yeri, idarenin sorumluluğunun, kusura mı yoksa kusursuz sorumluluğa mı dayanacağını, somut olayın niteliğine göre takdir edecektir.²²⁰

Bunların dışında belirtmek gerekir ki, kusursuz sorumluluk idare hukukunda da istisnadır.

Doktrinde kusursuz sorumluluk halleri genel olarak iki başlık altında incelenmektedir.

a. Risk İlkesi

Özel hukukta da kabul edilen ve tehlike sorumluluğu da denilen risk ilkesi, bazı faaliyetlerin bireyler için yarattığı kaçınılmaz tehlikelerden meydana gelen zararlardan doğan sorumluluktur.²²¹ İdarenin hiçbir kusuru olmasa dahi, yaptığı tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araçlar nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumlu olması²²², kısaca idari faaliyetin risklerine katlanması²²³ demektir. Kusursuz sorumluluğun risk (hasar) ilkesine dayandırılması daha çok özel hukuktan

²¹⁷ YENİCE/ESİN, s. 94, KARAVELİOĞLU, s. 215.

²¹⁸ İNAN, Atilla, Devletin Kusursuz Sorumluluğu, <http://www.atillainan.com.tr>, (18.10.2010).

²¹⁹ ESİN, s. 128.

²²⁰ GÖZÜBÜYÜK, (Yönetmel) s. 303.

²²¹ KANETİ, Selim, “Özel Hukuk Alanında Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu**, Ankara 1979, (147–150), s. 148,

²²² GÖZLER, C.II, s. 1169.

²²³ ÖZYÖRÜK, s. 238.

gelmektedir. Nasıl herhangi bir girişimin sağlayacağı yararlar girişimciye ait ise, girişimden doğan zarar ve hasarlar da girişimciye ait olmalıdır.²²⁴ Bu ilke Mecellede şu biçimde yer almıştır; “*Mazarrat menfaat mukabelesindedir.*” yani bir şeyin menfaatini elde eden onun zararlarına da katlanır.²²⁵ Esas olarak özel hukukta uygulanan ilke, idare tehlikeli bir faaliyet yürüttüğü ya da tehlikeli araç kullandığında idare hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır.²²⁶

Kusursuz sorumluluk hallerinden biri olan risk ilkesinde kusur aranmaz ise de, verilen zararın bir kamu hizmeti ile bağlantısı şarttır.²²⁷

Risk ilkesi, başlangıçta bayındırlık eserlerinin ve faaliyetlerinin özel kişilerinin mallarına verdiği zararları, idarenin ya da idarenin personelinin kusuruna bağlamadan topluma paylaştırılmasını amaçlamış iken zaman içinde uygulama alanı genişlemiş ve tehlikeli olan tüm kamu hizmetleri alanında uygulama alanı bulmuştur. Bu gelişiminin sonucu olarak da önceleri sadece mala ilişkin zararların tazmini amacını güderken, daha sonraları kişilere verilen cismani zararların karşılanmasını da içerir bir hale gelmiştir.²²⁸

Risk sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, meydana gelen zararın olağanüstü nitelikte olması ve sorumluluğa yol açan riskin de, olağan, herkesin karşılaştığı cinsten değil, “istisnai bir risk” niteliğinde olması gerekmektedir.²²⁹

Danıştay kararlarında da, risk ilkesi terimi kullanılmamış olsa da, bu durumlarda idarenin kusursuz olsa dahi sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Nitekim Danıştay, lokomotiften dökülen ateşin rüzgarla yayılması sonucu demiryolu kenarındaki harmanı yanan kişinin maddi ve manevi zararın tazmin edilmesi gerektiğine²³⁰, bomba imha bürosunda görevli polis memurunun bomba patlaması

²²⁴ YILDIRIM, (Sözlük), s. 459.

²²⁵ GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, C.II, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010, s. 756.

²²⁶ GÜNDAY, s. 330.

²²⁷ ÖZYÖRÜK, s. 238.

²²⁸ ESİN, s. 130.

²²⁹ ÇAĞLAYAN, s. 457.

²³⁰ Danıştay 12. Dairesi, 30.11.1971, E:1969/3328, K:1971/2770 (Aktaran: KARAVELİOĞLU, s. 220).

sonucu ölümü olayından dolayı zarar gören murislerin maddi ve manevi zararlarının idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi gerektiğine²³¹ karar vermiştir.

(1) Tehlikeli Şeyler ve Yöntemler

İdarenin kullandığı “tehlikeli şeyler” idarenin kusursuz sorumluluğuna neden olur. Belirtmek gerekir ki, bir şeyin zarar vermeye müsait olması onun doğrudan “tehlikeli” olduğu anlamına gelmez. Ayrıca tehlikeli şeylerin tehlikelilik derecesi de farklı farklıdır. Burada, idarenin gerek askeri faaliyetler, gerekse diğer faaliyetlerini yürütürken kullandığı patlayıcı maddelerden, ateşli silahlardan, tehlikeli bayındırlık hizmetlerinin yürütülmesinden, (su, gaz, elektrik faaliyetleri, yol, köprü yapımı gibi), idarenin araçlarından meydana gelen zararların idare tarafından kusuru olmasa bile karşılanması söz konusudur.²³²

İdarenin tehlikeli yöntemleri kullandığı durumlarda da kusursuz sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Örneğin, genç suçluların eğitimi, akıl hastalarının deneme çıkışları, mahkûmlara çıkma izni verilmesi, olağanüstü tehlikeli tıbbi yöntemlerin uygulanması halleri gibi.²³³

Görüldüğü üzere idarenin tehlike ilkesi uyarınca sorumlu tutulması, kamu yararını sağlamak için yürütülen faaliyetin ya da kamu malının tehlikeli nitelik taşımaya bağlıdır. Tehlikelilik idarenin sorumluluğunun değil, zararın sebebi ve kaynağıdır. Kamuya yararlı faaliyetler veya şeyler, nitelik olarak tehlikeli olsalar da, kamu yararının sağlanması bakımından zorunlu oldukları için, bunlardan kaynaklanan zararların, bireylerin bir veya birkaçı üzerine bırakılması adil olmaz.²³⁴

Danıştay, kara kuvvetleri havacılık okuluna ait askeri uçağın, davacı idarenin posta işleme merkezi müdürlüğü bahçesine düşmesi sonucu meydana gelen zararın

²³¹ Danıştay 10. Dairesi, 23.06.1997, E:1996/3996, K:1997/2544, (Yayınlanmamış Karar).

²³² GÖZLER, C.II, s. 1172 vd.

²³³ ÇAĞLAYAN, s. 463–465.

²³⁴ ŞAHİN, Ergün, “Kuramda ve Uygulamada Devletin Tehlike İlkesi Uyarınca Sorumluluğu”, **Adalet Dergisi**, S. 8, 2001, <http://www.yayin.adalet.gov.tr>, (14.10.2010).

tazmini istemiyle açılan davada, “...idari bir faaliyetten kaynaklanan ve nedensellik bağı açık olan zararın, kamu külfetinin dağıtılmasını amaçlayan idari risk kuramının bir sonucu olarak davalı idarece giderilmesi gerektiği...” yönünde karar veren idare mahkemesi kararını onamıştır.²³⁵ Karar her ne kadar sonuç olarak doğru olsa da, idare mahkemesinin ve kararı aynen onayan Danıştay’ın bir kavram karışıklığı içinde olduğu söylenebilir. Doktrinde de idarenin kusursuz sorumluluğu konusunda tam bir görüş birliği olmasa da, hemen hemen bütün yazarlar risk (veya tehlike) ve kamu külfetleri karşısında eşitlik (veya fedakârlığın denkleştirilmesi) ilkelerini ayrı değerlendirmişlerdir. Kararda ise bu iki ilke net bir şekilde ortaya konulmadığı gibi, birleştirilerek uygulanmaya çalışılmıştır.

(2) Sosyal Risk

Sosyal risk ilkesi, ilk olarak Fransa’da savaş zararlarının idarece karşılanmasını amaçlayan bir sorumluluk ilkesi olarak doğmuştur. Ülkemizde ise 1980’li yıllarda artan terör eylemlerinden doğan zararların karşılanmasında, idarenin sorumluluğunun dayanağı olarak uygulanmaya başlanmıştır.²³⁶

Kitle hareketleri ve bunlardan doğan saldırılardan doğan zararlarla, savaşlarda sivil halkın uğradığı zararların kusursuz olan kişiler üzerinde bırakılmasının adil bir davranış olmayacağı düşüncesi sosyal risk ilkesini ortaya çıkarmıştır²³⁷. Toplumun içinde bulunduğu karışıklıktan dolayı olağandışı bir biçimde belli bazı kişilerin uğradıkları zararların, toplumun siyasi bir örgütlenmesi olan devlet tarafından toplum adına ödenmesi gerektiği sosyal risk ilkesi kapsamında kabul edilmiştir.²³⁸

Diğer kusursuz sorumluluk hallerinden farklı olarak, sosyal risk ilkesinden doğan sorumlulukta zararı doğuran, idarenin hukuka uygun bir faaliyeti, personelinin davranışı ya da tehlikeli bir faaliyeti veya tehlikeli tesislerin yapısındaki bir sebep

²³⁵ Danıştay 10. Dairesi 12.10.1999 tarih ve E:1997/3198, K:1999/4799, <http://www.danistay.gov.tr>, (15.10.2010).

²³⁶ AKYILMAZ, Bahtiyar, “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.IX, S. 1 (Haziran-Aralık, 2005), (185–211), s. 186.

²³⁷ AZRAK, s. 136–137.

²³⁸ ONAR, C.III, s. 1744.

değil, idareye yabancı kişilerin, toplulukların, idare tarafından önlenemeyen ya da önlenmesi daha büyük zarara yol açabilecek olan davranış ve eylemleridir. Bu nedenle, zarar ile idari eylem arasında bir illiyet bağının bulunmadığı tek kusursuz sorumluluk hali budur. Sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için idari eylem ile zarar arasında bir illiyet bağı gerekme bile, idarenin üçüncü kişilerin zarar verici davranış ve eylemlerinden sorumlu tutulabilmesi için, bunları önlemek devletin birincil görevlerinden olmasına rağmen, kusuru olmaksızın önleyememiş ya da daha büyük zararlara neden olmamak için önlemekten kaçınmış olması gerekir.²³⁹ Zararla idarenin eylem veya işlemi arasında illiyet bağının bulunmasına gerek olmadığı görüşü Danıştay tarafından ifade edilmiştir.²⁴⁰ Danıştay'a göre sosyal risk ilkesine dayanarak idarenin sorumluluğuna hükmedilen durumlarda zarar, idarenin dışında gerçekleşen ya da idareye tamamen yabancı, idarece önlenemeyen veya önlenmesi daha büyük zararlara yol açacak olan eylemlerden doğmaktadır.²⁴¹ Ayrıca idarenin ortada bir eylemi olmadığına göre, idarenin eylem veya işlemi ile zarar arasında illiyet bağının bulunmadığını söylemek de gereksiz olmaktadır. Çünkü bu halde illiyet bağı terör veya sosyal olaylarla zarar arasında aranmaktadır.

Devletin sosyal risk ilkesine göre sorumlu tutulmasının bir nedeni de, Anayasa'da yer alan "sosyal devlet" ilkesinin bir sonucudur. Devlet, sosyal devlet ilkesi gereği toplumda gelir düzeyini adaletli şekilde yaygınlaştırma ile görevli olduğundan, devletin kitle hareketleri ya da savaş sebebiyle zarara uğrayıp, gelir dağılımında diğer kişilere göre daha kötü duruma düşen kişinin uğradığı zararları tazmin etmesi bir görevdir.²⁴²

Sosyal risk ilkesi uyarınca, uğranılan zarardan devletin sorumlu olabilmesi için zararın, bir arada yaşamının kaçınılmaz sonucu olması gerekir. Toplumsal bir hayat süren kişiler, toplumda meydana gelen kitle hareketleri, savaş, saldırı ve karışıklıklardan etkilenmekte, zarara uğrayabilmektedirler. Zararı doğuran etken,

²³⁹ ARMAĞAN, Tuncay, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Ankara: 1997, s. 162–163.

²⁴⁰ Danıştay 10. Dairesi, 21.04.2008, E:2006/5024, K:2008/2685 sayılı kararı, 18.09.2007, E:2005/4493, K:2007/4199 sayılı kararı, <http://www.danistay.gov.tr>, (15.10.2010).

²⁴¹ AZRAK, s. 137.

²⁴² ŞAHİN, <http://www.yayin.adalet.gov.tr>.

kimi zaman vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları devletin politikası, kimi zaman aynı devletin vatandaşı bir başka kişi ya da grubun siyasi fikirleri, kimi zaman ise bir başka devletin ya da örgütün politikası olabilmektedir. İşte sosyal risk anlayışı da insanların birlikte yaşamasından doğan, hiçbir şekilde dâhil olmadıkları mücadeleler ve hesaplaşmalar nedeniyle var olan bu risklerin paylaşılması düşüncesinden hareketle sosyal devlet anlayışının ortaya koyduğu bir idarî sorumluluk düşüncesidir.²⁴³

Danıştay'a göre sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için, olayın tüm toplumu ilgilendirmesi ve zararın toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmesi yanında olay ve zararın yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmaması, yani zararlar idari eylem veya işlem arasında illiyet bağının kurulamaması da gerekmektedir.²⁴⁴

Belirtmek gerekir ki, sosyal risk ilkesi, illiyet bağı bulunmaksızın devletin sorumlu tutulmasının yasal dayanağının bulunmadığı, sosyal devlet ilkesine uygun olsa dahi sosyal adalete zarar verdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.²⁴⁵

b. Kamu Külfetleri Karsısında Eşitlik Veya Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi

Kamu külfetleri karsısında eşitlik ilkesi, idarenin hiçbir kusuru, tehlikeli bir faaliyeti veya araç kullanması söz konusu olmaksızın, idari faaliyetlerden dolayı bazı kişilerin diğerlerine nazaran özel ve olağandışı bir zarara uğramış olması halinde, bu zararın karşılanması gerektiğini kabul eden bir ilkedir.²⁴⁶

Bilindiği üzere idare kamu yararını gerçekleştirmek, toplumsal bir ihtiyacı karşılamak için bir hizmet yürütür veya bir faaliyette bulunur. İdarenin bu hizmet ya da faaliyetinden toplum yararlanacaktır. Ancak, tüm toplumun yararlandığı bu

²⁴³ AKYILMAZ, s. 189.

²⁴⁴ Danıştay 10. Dairesi, 25.03.2003 tarih ve E:2001/4795, K:2003/696 <http://www.danistay.gov.tr>, (15.10.2010).

²⁴⁵ AKYILMAZ, s. 186–189.

²⁴⁶ GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, s. 195.

hizmet veya faaliyet belli kişi ya da kişileri külfet altına sokabilir. İşte bu şekilde bozulan kamu külfetinin dağılımındaki dengenin bir denkleştirme ile yeniden kurulması gerekir. Bu denkleştirme ise, kamu yararına bir hizmet veya faaliyet ile zarara uğramış olan kişi ya da kişilerin zararlarının idarece tazmin edilmesi suretiyle gerçekleşir. Bir başka ifadeyle, böylece oluşan zararın belli kişi ya da kişiler tarafından üstlenilmesi hakkaniyete uygun düşmeyeceğinden, bu gibi özel zararların, kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak idarece karşılanması gerekir.²⁴⁷

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi, kusursuz sorumluluğun genel esası olarak kabul edilebilir. Zira bir olayda idarenin kusuru söz konusu değilse, tehlikeli bir faaliyet veya araç da kullanılmıyorsa, idarenin sorumluluğuna gidebilmenin yolu ancak kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini uygulamakla mümkündür.²⁴⁸

Türkiye’de kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi Anayasanın bir maddesinde açıkça geçmemektedir. Ancak, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen genel eşitlik ilkesi kapsamına dâhil bir ilke olarak görülebilir.²⁴⁹

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin uygulanabilmesinin şartları şunlardır:

— Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin kamusal faaliyetleri nedeniyle, bazı kişi ya da kişiler, benzer durumda bulunan diğer kişilere göre “ağır” ve “olağandışı” bir yükümlülük altına girmiş olmalıdır. Böylece bu kişi veya kişiler, idarenin faaliyeti ile ağır ve olağandışı bir yükümlülük altına girmeleri nedeniyle bir özel fedakârlığa katlanmak zorunda kalacaklardır. Bu nedenle, söz konusu kişi veya

²⁴⁷ DÜREN, Akın, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1979, Nu:447, s. 313.

²⁴⁸ YAMAN, Murat, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları”, <http://www.msb.gov.tr/ayim>, (15.10.2010).

²⁴⁹ GÖZLER, C.II, s. 1243.

kişilerin malvarlığında veya kişi varlığında müdahale ile bozulan kamu yükümlerinin dağıtımındaki dengenin bir denkleştirme ile tekrar kurulması gerekir.²⁵⁰

— Zararın, zarar görene “doğrudan doğruya” yöneltilmiş bir müdahale sonucu doğmuş olmasıdır. Bu nitelik kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini, risk sorumluluğu ilkesinden ayırır. Çünkü risk ilkesinde, idarenin zarar görene doğrudan doğruya yönelttiği bir müdahale yoktur. Devlet yetkisinin kullanılması sonucu doğan bir “risk” vardır.²⁵¹

Danıştay da bir kararında, Tıp Fakültesi Beyin Cerrahi Bölümü kapısı önündeyken başına saç dolap rafı düşmesi sonucu ölmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan davada, “... olay ile zararlı sonuç arasında uygun bir nedensellik bağının kurulabilmesi, idarenin kamu yararı düşüncesiyle yaptığı hizmetler dolayısıyla idareye yükletilebilecek bir kusur olmasa dahi özel bir zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının tazminine karar verilebilmesi için yeterlidir. Bu zararın karşılanması kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir sonucu olup, bu tür zararların zarar görenler üzerinde bırakılması hakkaniyete de uygun düşmez.” demek suretiyle davalı üniversitenin davacıların, yakınlarının ölmesi nedeniyle uğramış oldukları maddi ve manevi zararların davalı idarece tazmininin gerektiğine hükmetmiştir.

V. İLLİYET BAĞI

Hukuki sorumluluğu doğuran unsurlardan biri de illiyet bağıdır. İnsan düşüncesinin bir ürünü olarak illiyet bağı kavramı, zararlar söz konusu fiil arasında bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunmasını gerektiğini anlatır.²⁵² Sorumluluk için, zarar dediğimiz sonuç, buna sebep olan fiilden doğmuş olmalıdır.²⁵³ Kısaca illiyet bağı, iki olay arasındaki sebep sonuç ilişkisinden ibarettir. Bir olay diğer bir olayın doğmasına temel olmuş ise onun sebebi sayılır. Hukuki sorumluluğun doğması için gerekli olan

²⁵⁰ DÜREN, s. 313.

²⁵¹ DÜREN, s. 314.

²⁵² EREN (Borçlar Hukuku), s. 487.

²⁵³ KILIÇOĞLU, (Borçlar Hukuku) s. 194.

illiyet bağı, zararın hukuka aykırı ve kusurlu fiilin sonucu olup olmadığı ve hukuka aykırı ve kusurlu fiilin hangi sonuçlarından ötürü tazminat istenebileceği sorunlarının çözümlenmesini gerektirir.²⁵⁴ İdarenin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için de ortaya çıkan zararın idarenin fiilinden kaynaklanması gerekir.²⁵⁵ Yani zarar idarenin fiilinden doğmuş olmalıdır. Zararla idarenin davranışı arasında illiyet bağının bulunmaması, zararın idareye yüklenmesini önler. Zararla idarenin eylem veya işlemi arasında illiyet bağı bulunması için ise, doğrudan doğruya bir ilişkinin bulunması gerekli olup, dolaylı bir ilişki bu illiyet bağını kurmaz.²⁵⁶

Danıştay 11. Dairesi 17.08.1999 tarihinde meydana gelen depremde yakınlarını kaybeden davacının, kurtarma faaliyetlerinin yetersiz kalması dolayısıyla ölüm olayının idarenin hizmet kusurundan kaynaklandığını ileri sürerek tazminat ödenmesi istemiyle açtığı davada; depremin meydana gelmesinde idarenin bir kusurunun bulunmadığı ve davacının yakınlarının ölümünün, idarenin arama kurtarma faaliyetine bağlı olarak gerçekleştiğine dair bir tespit bulunmadığından, tazmin sorumluluğu için bulunması gereken; zararı doğuran olay ile kamu hizmeti (arama-kurtarma) faaliyeti arasındaki illiyet bağının kurulamadığı sonucuna varmıştır.²⁵⁷

Çoğu zaman illiyet bağının bulunup bulunmadığının tespiti zor, teknik bilgi ve uzmanlık gerektirmektedir. Bu nedenle mahkemelerin zarar ile idarenin faaliyeti arasında bir sebep sonuç ilişkisinin olup olmadığını tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırılmaları söz konusu olmaktadır.²⁵⁸

Hukukta sebep kavramına değişik anlamlar verildiğinden, çeşitli illiyet bağı teorileri ileri sürülmüştür. Bunlardan en önemlileri şart teorisi ve uygun illiyet bağı teorisi dir.

²⁵⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 567.

²⁵⁵ GÖZLER, C.II, s. 1319.

²⁵⁶ EVREN, Çınar Can, “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XIV, Y.2010, S. 1, (263–297), s. 264.

²⁵⁷ Danıştay 11. Dairesi 19.12.2005, E:2003/2027, K:2005/5962, <http://www.danistay.gov.tr>, (05.10.2010).

²⁵⁸ EVREN, s. 270.

A. İLLİYET BAĞINI AÇIKLAYAN TEORİLER

1. Şart Teorisi

Bu teoriye göre, her zarar, bunun oluşması için gerekli olan bütün fiillerle sebep-sonuç ilişkisi içindedir.²⁵⁹ Bir olayın varlığı, zorunlu olarak bu olayı oluşturan her koşulun varlığına bağlıdır. Bu koşullardan biri var olmadığı durumda, olay meydana gelmemelidir. Bu nedenle koşullardan her biri diğer şartı gerekli kılar, ona illi bir nitelik kazandırır. Sonucu oluşturan koşullardan herhangi birini işleyen kişi, yalnız bu koşulu gerçekleştirmiş olmasından dolayı zararlı sonuçtan sorumludur. Sorunluluk için, bu kişinin diğer koşulları da gerçekleştirmesi gerekmez. Zararlı sonucun koşullarından biri olan failin davranışına, ondan önce var olan veya onunla birlikte ya da ondan sonra gerçekleşen davranış ve şartlar eklense bile, ilk davranış ile zararlı sonuç arasındaki illiyet bağı geçerliliğini korur.²⁶⁰

Şart teorisi eleştirilmiştir. Buna göre, somut olayda zararlı sonucu meydana getiren sayısız şartlar bulunmasına rağmen, şartlardan bazıları, zararlı sonucun meydana gelmesine her hangi bir katkıda bulunmamış olabileceği gibi, bazıları ise zararlı sonucun gerçekleşmesi veya artması ile ilgili olmayıp, sadece onun nitelik ve özelliğini belirleyebilir. Bu nedenle şart teorisine göre şartların tamamının nazara alınması her zaman doğru olmayabilir. Şartlar arasında, zararlı sonucun doğmasına veya artmasına katkıda bulunup bulunmamalarına göre bir ayırım yapılması gerekir. Zararlı sonucun doğmasına veya artmasına hiçbir katkıda bulunmayan şartların, dikkate alınmaması gerekir.²⁶¹

2. Uygun İlliyet Bağı Teorisi

Somut olayda meydana gelen türden bir sonucu, olayların olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana eğilimi itibariyle gerçekleştirmeye genel olarak uygun olan veya böyle bir sonucun meydana gelme ihtimalini objektif olarak

²⁵⁹ KILIÇOĞLU, (Borçlar Hukuku) s. 194.

²⁶⁰ EREN (Borçlar Hukuku), s. 490.

²⁶¹ EREN (Borçlar Hukuku), s. 491.

artıran zorunlu şartla bahsedilen sonuç arasındaki bağı uygun illiyet bağı denir.²⁶² Türk Doktrin ve Uygulamasında çoğunlukla uygun illiyet bağı teorisi kabul edilmiştir.²⁶³ Uygun illiyet bağı teorisine göre, zarar ile fiil arasında illiyet bağının varlığının kabul edilebilmesi için, hukuka aykırı fiilin, objektif ihtimalle, genel hayat tecrübesi ve olayların normal akışına göre böyle bir zarara sebep olabilmesi gerekir.²⁶⁴ Uygun illiyet bağı teorisinin hareket noktası, zorunlu şart kavramıdır. Fiil zararlı sonucun şartlarından biri ise, bu fiilin aynı zamanda zararlı sonucun sebebi olup olmadığı araştırılır. Burada tespiti gereken konu, zorunlu şart olan hareket veya olayın, olayların normal akışı veya hayat tecrübelerine göre gerçekleşen türden bir zararın meydana gelmesini kolaylaştırıp kolaylaşdırmadığı ya da böyle bir zararın gerçekleşme ihtimalini büyük ölçüde arttırıp arttırmadığıdır.²⁶⁵

İlliyet bağının varlığı, idarenin hem kusurlu, hem de kusursuz sorumluluğu için gereklidir. Ancak Danıştay 10. Dairesince ifade edilen bu gereklilik, idarenin sosyal risk ilkesi uyarınca tazminle yükümlü tutulabilmesi için aranmamaktadır. Nitekim Danıştay bir kararında, “*Sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için, olayın tüm toplumla ilgilendirilebilmesi ve zararın, toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmesi yanında, olay ve zararın, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmaması, başka bir deyişle zarar ile idari eylem arasında bir nedensellik bağının da kurulamaması gerek...*”tiğine hükmetmiştir.²⁶⁶ Bu haller dışında, ortaya çıkan zarar ile idarenin eylem ve işlemi arasında bir illiyet bağı bulunmuyorsa idarenin sorumluluğundan bahsedilemez. İlliyet bağı idarenin sorumluluğu için olmazsa olmaz şarttır.

²⁶² EREN, Fikret, **Sorumluluk Hukuku Bakımından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara 1975, s. 52.

²⁶³ REİSOĞLU, s. 205; KILIÇOĞLU (Borçlar Hukuku), s. 194; EREN (Borçlar Hukuku), s. 499, OĞUZMAN/ÖZ, s. 519; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 573.

²⁶⁴ REİSOĞLU, s. 142–143.

²⁶⁵ EREN (Borçlar Hukuku), s. 493.

²⁶⁶ Danıştay 10. Dairesi, 21.04.2008 E:2006/5024, K:2008/2685, <http://www.danistay.gov.tr>, (06.10.2010).

B. İLLİYET BAĞINI KESEN HALLER

Ortaya çıkan zarara idarenin eylem ve işlemi dışında kalan bir başka sebep kısmen veya tamamen sebep olmuş ise, idarenin o zarardan dolayı sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kalkar. Zira idarenin eylem ve işlemi ile ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağı kısmen veya tamamen kesilmiş olur. Bu haller şunlardır: mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin davranışı, üçüncü kişinin davranışı.²⁶⁷

1. Mücbir Sebep

Mücbir sebep, idarenin iradesi dışında meydana gelen, öngörülmesi ve en büyük dikkat ve itina ile dahi önlenmesi mümkün olmayan ve de bir kamu hizmetinin yürütülmesini imkânsızlaştıran olaylardır²⁶⁸. Diğer bir ifadeyle mücbir sebep, sorumlu idarenin faaliyet ve işletmesi dışında gerçekleşen, genel bir davranış kuralına aykırılığa, kesin ve engellenemez bir şekilde neden olan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağan üstü bir olaydır²⁶⁹. Mücbir sebebin illiyet bağını keserek sorumluluğun doğmasına engel mi olduğu, yoksa sorumluluğun doğmasına rağmen kusursuz sorumluluktan kurtaran bir kurtuluş delili mi olduğu uzun yıllar boyu tartışma konusu olmuş, büyük çoğunlukla illiyet bağını kesen bir hal olduğu kabul edilmiştir.²⁷⁰

Mücbir sebebin özelliklerini şöyle sıralayabiliriz:

a. Bir Olayın Varlığı

Mücbir sebebin kabulü için öncelikle, idarenin eylem ve işleminden başka bir veya birden fazla olay bulunmalıdır.²⁷¹

²⁶⁷ GÖZLER, C.II, s. 1324.

²⁶⁸ GÜNDAY, s. 336.

²⁶⁹ EREN (Borçlar Hukuku), s. 518.

²⁷⁰ SELİÇİ Özer, “Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara 12–13 Mayıs 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 68.

²⁷¹ DÜREN, s. 331.

Doğal afetler, ülkemizde çokça görülen depremler en önemli mücbir sebep halleridir.²⁷² Ancak, belirtmek gerekir ki sadece deprem olması idarenin sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak görülmemektedir. Nitekim Danıştay da, deprem kuşağında yer alan bir bölgede, deprem tehlikesi göz önünde bulundurularak, yerleşim alanlarının belirlenmesi, bu alanlarda yapılaşmaya ilişkin tedbirlerin alınması, uygulanması ve denetlenmesi şeklindeki idari faaliyetlerde eksiklikler ortaya çıkmasında²⁷³ ya da birinci derecede deprem bölgesinde olan bir yerde gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan satın alınan binanın yıkılmasında²⁷⁴ davalı idarelerin hizmet kusurunun bulunduğu hükmetmiştir.

b. Dışlık

Bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için idarenin iradesinin dışında olması, idareyle ilişkili olmaması gerekir.²⁷⁵ Mücbir sebebi beklenmeyen halden ayıran bu unsurdur. Mücbir sebepte idarenin hiçbir sorumluluğu bulunmazken, beklenmeyen halde objektif olarak sorumluluğu bulunabilmektedir. Yani, görünüşte mücbir sebep sayılan olay idarenin faaliyetinin içinden kaynaklanmışsa kaza veya beklenmeyen hal sayılacağı için idarenin objektif sorumluluğu devam edecektir.²⁷⁶

c. Öngörülemezlik

Bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için öngörülemez, tahmin edilemez olması gerekir. Öngörülemezlik, olayın, meydana geleceğinin önceden tahmin edilememesi; böyle bir olayın meydana geleceği tahmin edilse bile, bu olayın sonuçlarının baştan kestirilemeyecek biçimde olması demektir.²⁷⁷ Bu nedenle öngörülemez olan deprem, sel felaketi, fırtına gibi doğa olayları, suikast, sabotaj gibi

²⁷² Danıştay 11. Dairesi, 29.06.2007, E:2005/1353, 2007/6248, <http://www.danistay.gov.tr>, (01.12.2010).

²⁷³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 19.12.2005, E:2003/2027, 2005/5962, <http://www.danistay.gov.tr>, (01.12.2010).

²⁷⁴ Danıştay 10. Dairesi, 17.01.1997, E:1995/752, 1997/57, <http://www.danistay.gov.tr>, (01.12.2010).

²⁷⁵ GÖZLER, C.II, s. 1330.

²⁷⁶ YAYLA, Yıldızhan, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara 12–13 Mayıs 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 57.

²⁷⁷ YAYLA, s. 50.

insan kaynaklı olaylar, savaş mücbir sebep sayılabilir iken, daha önceden tahmin edilebilen meteorolojik olaylar mücbir sebep sayılamayacaktır.

Öngörülemez olaylar, öyle olaylardır ki, ortaya çıkış zamanları, yerleri ve yoğunlukları yüzünden yol açtıkları sonuçları dolayısıyla olağandışı, olağanüstü kabul edilirler. Şu halde aynı tür ve şiddetteki olayın daha önce de aynı yerde görülmüş olması, olayın mücbir sebep olarak nitelendirilmesini önler.²⁷⁸

Öngörülemezlik şartı zararın büyüklüğü veya küçüklüğü ile ilgili değildir. Zarar çok büyük olsa bile idare tarafından öngörülebilir ise, olayın mücbir sebep sayılması mümkün değildir.²⁷⁹

d. Önlenemezlik (Karşı Konulamazlık)

Mücbir sebep önüne geçilemeyen, önlenmesine imkân olmayan bir olaydır.²⁸⁰ Mücbir sebep halinde idare, ortaya çıkan zararları önlemeyi ne kadar isterse istesin, bu amaçla hangi tedbirleri alırsa alsın, olayın meydana gelmesini önleyemez, eğer olayın oluşumunu önleyebiliyorsa zaten ortada mücbir sebep halinden bahsedilemez.

Mücbir sebep kavramının sorumluluk alanında doğuracağı sonuçlar açısından özel hukuk ile idare hukuku arasında bir farklılık bulunmamaktadır. İdare ister hizmet kusurundan, isterse kusursuz sorumluluktan dolayı sorumlu olsun; eğer mücbir sebep var ise, sorumluluğu ortadan kalkar. Çünkü mücbir sebebin varlığı halinde idare, zarara sadece görünüşte sebep olmuştur. Zarar idarenin dışındaki ve idareye yabancı unsurlardan kaynaklanmaktadır ve bu durumu idarenin önlemesi de mümkün değildir. Bununla birlikte, idarenin sorumluluktan kurtulması, idarenin davranışlarının zararı arttırdığı durumlarda kesin anlamda olmayıp, kısmi niteliktedir. Bu hallerde idarenin davranışı ile orantılı olarak sorumluluğu devam edecektir.²⁸¹

²⁷⁸ ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, ,s. 178.

²⁷⁹ GÖZLER, C.II, s. 1331.

²⁸⁰ SELİÇİ, s. 65.

²⁸¹ ATAY/ODABAŞI/ GÖKCAN, s. 179–180.

Olayın mücbir sebep teşkil etmesi için yukarıda açıklanan şartların hepsinin birlikte bulunması gerekir. Bu şartlardan birinin bile yokluğu olayı mücbir sebep olmaktan çıkaracaktır. Örneğin bir olay öngörülemez nitelikte olup önlenemez nitelikte değilse veya tam tersi önlenemez nitelikte olup öngörülebilir ise idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ancak bu şartlar belirlenirken idarenin sahip olduğu bütün gücü, personeli, araç ve gereçleri göz önünde bulundurularak hassas bir değerlendirme yapılmalıdır. Çünkü verilecek yanlış bir karar büyük zararların kişiler üstünde bırakılmasına veya tersine bir durum ise idarenin aşırı bir yükümlülük altına girmesine sebep olabilir.²⁸²

Mücbir sebep olarak depremin veya başka bir doğal afetin meydana gelmesi idarenin maddi ve manevi tazminat sorumluluğunu ortadan kaldıracak ise de, devlet kendiliğinden deprem veya diğer doğal afetlerden zarar görenlere yardımda bulunabilir. Ancak bu durumda, zarar idarenin eylem veya işleminden değil, doğal afetten doğmuştur ve kural olarak idarenin sorumluluğu bulunmamasına rağmen sosyal devlet ilkesi gereği afetten zarar görenlere devlet yardımda bulunmaktadır. Çünkü devletin, sosyal adalet ve sosyal güvenliği sağlamak ve herkes için insan haysiyetine yaraşır asgari bir hayat düzeyini gerçekleştirmekle yükümlü olduğu sosyal devlette²⁸³, kişilere konut hakkı, sağlık hakkı gibi hakları sağlaması gereklidir.²⁸⁴ Depremden dolayı da kişiler, konutlarını, sağlıklarını vs. yitirmişler ise bunu tekrar sağlayacak asgari koşulları oluşturmak sosyal devletin görev ve sorumluluğundadır.

2. Beklenmeyen Hal

Beklenmeyen hal, önceden öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan, idarenin faaliyetleri içinde meydana gelen olaylardır.²⁸⁵

Beklenmeyen halin şartlarını şöyle sıralayabiliriz:

²⁸² EVREN, s. 289.

²⁸³ ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2010, s. 138.

²⁸⁴ GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi, 10. Baskı, Bursa, 2010, s. 75-78.

²⁸⁵ GÖZLER, C.II, s. 1336–1337.

a. İlik

Bir olayın beklenmeyen hal olarak görülebilmesi için, bu olayın idarenin faaliyetleri içinde meydana gelmesi gerekir.²⁸⁶ Yukarıda da belirtildiği gibi bu unsur beklenmeyen hal ile mücbir sebebi ayıran en önemli özelliktir. Zaten bir olay idarenin faaliyetleri dışında meydana gelmiş ise bu olay beklenmeyen hal değil, mücbir sebebi oluŐturacaktır.

b. ngrlemezlilik

Bir olayın beklenmeyen hal olarak değerlendirilebilmesi için söz konusu olayın “ngrlemez” bir olay olması gerekir. Beklenmeyen hallerde, zarara yol açan sebebin ne olduğu bilinmez ve tespit edilemez. Bu nedenle de bu sebebin öngörülemez nitelikte olduğu sonucuna varılır. İdarenin bir aracının, bir binasının, bir bayındırlık eserinin, bir tesisinde meydana gelen kazanın öncelikle sebebi araştırılır. Kazanın sebebi bulunursa, artık ortada beklenmeyen hal olamaz. nk bu durumda ortaya böyle bir zararın çıkacağı öngörülebilir niteliktedir. Böyle durumda idarenin normal kusurlu sorumluluğu veya risk ilkesi uyarınca sorumluluğu söz konusu olabilir. ngrlemezlilik Şartı bakımından mücbir sebep ile beklenmeyen hal arasında fark yoktur. Her ikisi için de bu Şart aranır.²⁸⁷

c. nlenemezlilik

Bir olayın beklenmeyen hal olarak nitelendirilebilmesi için bu olayın “nlenemez” nitelikte bir olay olması gerekir. Ancak beklenmeyen halde olması gereken “nlenemezlilik” Şartı, mutlak olmayıp, olayın nedeninin bilinmemesinden kaynaklanmaktadır. Neden önceden bilinmiŐ olsa, alınacak tedbirlerle olay ve neden olduğu zarar ortadan kaldırılabilecektir.²⁸⁸ Bu nedenle, beklenmeyen hal, nedeni belli

²⁸⁶ GÖZLER, C.II, s. 1337.

²⁸⁷ GÖZLER, C.II, s. 1337–1338.

²⁸⁸ YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Basım, İstanbul 2009, s. 370.

olmayan kusur olarak da adlandırılmıştır.²⁸⁹ Kısaca, beklenmeyen haller, ani, umulmayan veya o sırada bilinmeyen olaylardır.²⁹⁰

Önlenemezlik şartı bakımından da beklenmeyen hal ile mücbir sebep arasında fark yoktur. Her ikisinde de söz konusu olayın önlenemez bir olay olması gerekmektedir. Ancak, mücbir sebebi oluşturan önlenemez nitelikteki olaylar olağanüstü şiddet ve yoğunlukta olan olaylar iken beklenmeyen hali oluşturan olaylar, mücbir sebep teşkil eden olaylara nazaran daha hafif olaylardır.²⁹¹ Nitekim AYİM de oturmakta olduğu lojmanın bodrum katını yağmur ve lağım sularının basması sonucu uğranılan zararın tazmin edilmesi istemiyle açılan davada, olayın bir mücbir sebep sayılamayacağı, ancak önceden tedbir alınsaydı zararın meydana gelmeyeceği ani ve şiddetli yağmur olayının beklenmeyen hal olarak değerlendirilebileceğine hükmetmiştir.²⁹²

Mücbir sebep ve beklenmeyen halin ikisi de, idarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğunu ortadan kaldırır. Çünkü her iki çeşit olaylarda söz konusu olan “öngörülemez” ve “önlenemez” özellikleri kusur kavramı ile çelişirler. İdarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edildiği hallerde ise durum farklıdır. Yukarıda da bahsedildiği gibi mücbir sebepte idarenin kusursuz sorumluluğu da kalkarken²⁹³, beklenmeyen hal bulunsa dahi, idarenin kusursuz sorumluluğu devam etmektedir. Çünkü beklenmeyen hal, idarenin faaliyetleri içinde yer alan bir olay olduğundan, illiyet bağıını değil, sadece kusuru ortadan kaldırır. Kusursuz sorumlulukta ise kusur zaten aranmadığından beklenmeyen hal olsa bile idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır.²⁹⁴

²⁸⁹ ESİN, 2. Kitap, s. 135.

²⁹⁰ YAYLA, s. 370.

²⁹¹ GÖZLER, C.II. s. 1339.

²⁹² AYİM 2. Dairesi, 01.12.1993 tarih ve E.1993/555, K.1993/519, (Yayınlanmamış Karar).

²⁹³ ÖZGÜLDÜR, Serdar, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Ankara:1996, s. 142–143.

²⁹⁴ GÖZLER, C.II, s. 1339.

3. Zarar Görenin Davranışı

Zararın doğumunda, artmasında veya engellenememesinde idare yanında zarar görenin de birlikte (müterafik) davranışı etkili olmuşsa; idarenin sorumluluğu tamamen veya kısmen azalır.²⁹⁵

Zarar gören kişinin davranışının, idarenin sorumluluğunu kaldırabilmesi için, zararın doğumunda esaslı bir rol oynaması, idarenin fiil ve davranışıyla zarar arasındaki illiyet bağına tamamen kesecek nitelikte bulunması gerekir.²⁹⁶

Zarar görenin kusurunun idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırması veya azaltması hususu, idarenin hem kusurlu hem kusursuz sorumluluğu için geçerlidir.²⁹⁷

Zarar görenin davranışının, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırabilmesi veya azaltabilmesi için zarar gören kişinin mutlaka kusurlu olması gerekli değildir. Zarar görenin davranışı kusursuz olsa bile zararın doğumuna sebep olmuşsa veya zararın doğumuna veya ağırlaşmasına katkıda bulunmuşsa idarenin sorumluluğu ortadan kalkar veya azalır. Bundan dolayı, davranışıyla idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan zarar gören kişinin küçük olması veya temyiz kudretinin olmamasının da bir önemi yoktur.²⁹⁸

4. Üçüncü Kişinin Davranışı

Zararın doğumunda ve artmasında, idareden ve zarar görenden başka kişi veya kişilerin davranışı etkili olmuşsa, bu etkinin derecesine göre, idarenin sorumluluğu azalır veya tamamen ortadan kalkar.²⁹⁹

İdarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan üçüncü kişilerin, idareyle hiçbir hukuki ilişkisi olmayan kişiler ve kuruluşlar olması gerekir. Çünkü zarara sebep olan üçüncü kişiyle idare arasında hukuki bir bağ ya da ilişki söz konusuysa,

²⁹⁵ ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, s. 181; ÖZGÜLDÜR (Tam Yargı Davaları), s. 139.

²⁹⁶ ESİN, II. Kitap, s. 220.

²⁹⁷ GÖZLER, C.II, 1341.

²⁹⁸ EREN (Borçlar Hukuku), s. 525.

²⁹⁹ CANDAN, s. 185.

idarenin sorumluluğu devam eder. İdarenin gözetim ve denetimi altında bir kamu hizmetinin görülmesi durumlarında “müteahhit, imtiyaz sahibi” gibi kişilerin verdikleri zararlar, idareyle ilişkilendirilebilir.³⁰⁰

Hem idarenin, hem de üçüncü kişinin davranışının zararın doğumuna neden olduğu durumlarda, idare hukukunda özel hukukta olduğu gibi “müteselsil sorumluluk” olmadığından, sorumluluğunun idare ile üçüncü kişi arasında paylaşılması gerekir. Böyle bir durumda, zarar gören kişi, sorumlulukları oranında idareye karşı idari yargıda, üçüncü kişiye karşı adli yargıda dava açmak zorunda kalır.³⁰¹

Özel hukukta “müteselsil sorumluluk” mümkün olduğundan, zarar görenin, uğradığı zararın tamamının tazmini istemiyle özel hukuk hükümlerine göre adli yargıda üçüncü kişi aleyhine tazminat davası açması mümkündür. Böyle bir durumda sorumluluk şartlarının oluştuğuna hükmederse, adliye mahkemesi üçüncü kişiyi ortaya çıkan zararın tamamını ödemeye mahkûm eder. Üçüncü kişi uğranılan zararın tamamını ödedikten sonra, bu ödediği zararın idarenin payına düşen kısmı için idareye rüçû edebilir. Ancak bu halde idareye karşı adli yargıda dava açmak mümkün olmadığından, üçüncü kişinin idareye başvurup, idareden idarenin payına düşen kısmın kendisine ödenmesini talep etmeli, idarenin bu istemi reddetmesi halinde idareye karşı idari yargıda tam yargı davası açmalıdır.³⁰²

İdarenin hizmet kusuru dolayısıyla sorumlu olduğu hallerde, üçüncü kişinin davranışı, zararın oluşumuna veya artmasına katıldığı ölçüde idareyi sorumluluktan kurtarır ancak idarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde, üçüncü kişinin davranışının idarenin sorumluluğu üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. Zarara uğrayan kişi, idareden uğramış olduğu zararın tamamının tazminini isteme hakkında sahiptir.³⁰³ Bununla birlikte, kusursuz sorumluluk halinde idare zarar gören

³⁰⁰ YENİCE/ESİN, s. 101; ESİN, II. Kitap, s. 233.

³⁰¹ GÖZLER, C.II, s. 1349.

³⁰² GÖZLER, C.II, s. 1349–1350.

³⁰³ ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, s. 182.

kişinin zararını tazmin ettikten sonra kusurlu olan üçüncü kişiye karşı, “rücû davası” açabilmelidir.³⁰⁴

Üçüncü kişinin davranışı nedeniyle idarenin sorumluluğunun azalması veya ortadan kalkması için üçüncü kişinin davranışının kusurlu olması şart değildir.³⁰⁵

³⁰⁴ GÖZLER, C.II, s. 1350.

³⁰⁵ GÖZLER, C.II, s. 1351.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARE ALEYHİNE AÇILACAK MANEVİ TAZMİNAT DAVASI VE BELİRLENECEK MANEVİ TAZMİNATIN NİTELİKLERİ

I. MANEVİ TAZMİNAT İSTENE BİLECEK HALLER

A. ÖLÜM HALİNDE MANEVİ TAZMİNAT

Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde (TBK m.56)³⁰⁶, ölenin “*aillesine*” manevi tazminat verilebileceği düzenlenmiştir. Ancak, burada yer alan “*aillesine*” ifadesi, hem doktrinde hem de adli ve idari yargıda “*ölenin yakınları*” olarak anlaşılmaktadır.³⁰⁷

Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre³⁰⁸, manevi tazminata hak kazanabilmek için kan veya sıhrî hısımlık şart olmayıp ölen ile hak sahipleri arasında eylemli aile ve sevgi bağlılığının var olup olmadığını dikkate almak gerekir. Bu nedenle nişanlı, evlatlık veya diğer yakınlar da duydukları manevi acının karşılığını talep ve dava edebilirler. Burada önemli olan aile hukuku alanında yakınlık değil, duygusal yakınlıktır. Bundan dolayı da, manevi tazminat hak sahiplerini tespit ederken, ölen kişiyle çok yakın ve samimi bir duygusal bağlılığın varlığı gerekmektedir.³⁰⁹ Ölüm nedeniyle manevi tazminata hükmedilebilmesi için sadece ölenin yakını sıfatını taşımak yeterli olmayıp, ayrıca ciddi sayılabilecek derecede manevi bir ıstırapın varlığı gereklidir. Ölüm nedeniyle ciddi derecede manevi bir acı ya da ıstırap duyulmuyorsa manevi tazminata hükmedilmesi de söz konusu olamaz.³¹⁰

³⁰⁶ Yeni Kanunda mahkeme kararlarında anlaşıldığı gibi, manevi tazminatın “ölenin yakınlarına” verileceği düzenlenmiştir.

³⁰⁷ ESİN, s. 451; KARAHASAN, Mustafa Reşit, **Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat**, 6. Baskı, Ankara: 2001 s. 856.

³⁰⁸ Yargıtay 21.Hukuk Dairesi, 26.05.2008, E: 2007/24225, K: 2008/7973, <http://www.adalet.org>, (27.10.2010); Yargıtay söz konusu kararda, amca ile ölen arasında eylemli gerçek bir bağlılık ve ilişkinin bulunduğu ispat edilemediğinden amca yönünden manevi tazminat talebinin reddi gerektiğine hükmetmiştir.

³⁰⁹ KARAHASAN, s. 857–858.

³¹⁰ EROĞLU, Müzeyyen, “Manevi Tazminat İstemli Tam Yargı Davalarında Hak Sahipliği”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara 28–29 Mayıs 2009, (497–528), s. 507.

İdari yargıda da, idare hukukunun kendine özgü ilke ve kuralları olmakla birlikte, özel hukukun manevi tazminata ilişkin kuralları, idare hukukunun yapısına uyduğu ölçüde uygulanacaktır. Yani idari yargıda da, eğer ölüm olayı idarenin eylem veya işlemi sonucunda gerçekleşmiş ise, bu ölüm nedeniyle manevi zarar gören kimselerin manevi tazminat talep hakkı bulunacaktır.³¹¹

Ölüm olayı, birçok kişinin üzülmesine neden olabilmektedir. İdari yargıda da, manevi tazminat “ölenin yakınları”na verilmektedir. Ölenle gerçek ve derin bir sevgi bağı ve muhabbeti olan kişiler, yakın kapsamına dâhil olabilmektedir.³¹² Danıştay ilk kararlarında, “ölenin yakınları” kavramını oldukça dar yorumlamakta, hatta kardeşin bile manevi tazminat hakkını kabul etmemekte iken son zamanlarda, “ölenin yakınlarını” daha esnek ve geniş değerlendirmektedir. Hatta Danıştay, manevi tazminat talep hakkının bulunması için, ölenin mirasçısı olma şartını dahi aramamaktadır.³¹³

Danıştay’ın kararlarında, hayatta kalan eş³¹⁴, çocuklar³¹⁵ ve anne-babanın³¹⁶ manevi tazminat talep haklarının bulunduğu istikrar kazanmıştır. Bu kişilerden başka kimlerin manevi tazminat talep edebileceği ve buna ilişkin içtihatlar ayrı ayrı incelenecektir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, eşin, manevi tazminat talep hakkı bulunduğu konusunda ihtilaf bulunmamaktadır. Çünkü manevi tazminata hükmedilebilmesi için, ciddi nitelikteki acı ve ıstırapın koruma gerektiren meşru bir acı olması gerekmektedir ve eşin duyduğu acının kanunların kendisine meşruiyet tanıdığı bir ilişkiden kaynaklanan bir acı olduğu da şüphe götürmez bir gerçektir. Ancak meşru

³¹¹ KAVRAZ, s. 42.

³¹² ESİN, s. 451,

³¹³ AKYILMAZ, Bahtiyar, “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Konya 1998, C.6, S. 1–2, (165–219), s. 208.

³¹⁴ Danıştay 10. Dairesi, 22.11.1999 tarih ve E:1998/28, K:1999/6195, <http://www.danistay.gov.tr>, (01.11.2010).

³¹⁵ Danıştay 10. Dairesi, 23.12.2005 tarih ve E:2003/2087, K:2005/8025, <http://www.danistay.gov.tr>, (01.11.2010).

³¹⁶ Danıştay 10. Dairesi, 20.06.2001 tarih ve E:1999/2410, K:2001/2637, 24.07.1999 tarih ve E:1997/471, K:1999/1950 sayılı kararları <http://www.danistay.gov.tr>, (01.11.2010).

olmayan ilişkilerden doğan bir yakınlık varsa, bu yakınlık dolayısıyla manevi tazminata hükmedilemez. Örneğin evli olan ölen kişiyle gayri meşru ilişki yaşayan kişinin duyacağı acı ve ıstırabın da ciddi ölçüde olacağı ihtimal dâhilindedir. Bu kişinin ölenle duygusal olarak yakın olduğu da açıktır. Ne var ki, meşru olmayan bu ilişki kanuna uygun olmadığından, bu ilişkiden doğan yakınlığın korunması da mümkün değildir. Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi (TBK m.56) bakımından manevi zarar gerçekleşmiş olsa da, manevi tazminata hükmetmek kanunun meşru saymadığı bir olayı ödüllendirmek olacağından, böyle bir durum kabul edilemez.³¹⁷

Evlilik dışı birlikte yaşayan kişilerin manevi tazminat talep edemeyecekleri konusu doktrinde tartışmalı bir konudur. Bazı yazarlar³¹⁸, evlilik dışı birlikte yaşayan kişilerin meşru bir ilişki içerisinde olmamaları nedeniyle manevi tazminat talep haklarının olamayacağını savunmaktadırlar. Bazı yazarlar ise³¹⁹, özellikle ölümden dolayı nikâhsız olarak karı koca gibi yaşayan kişilerin manevi tazminat talep etme hakkının tanınması gerektiğini ileri sürmektedirler.

AYİM ve Danıştay kararlarına göre de, ölenle aralarında bir evlenme akdi olmaksızın karı koca hayatı yaşayan kişilerin ölüm olayı nedeniyle manevi acı duyduğunun kabul edilmesi ve ortaya çıkan manevi zararın tazmini gerekir. Nitekim Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bir kararında, *“Davacı ile müteveffanın birlikteliklerinden bir çocuğun meydana gelmiş olduğu ve bu çocuğun anne ve babasının davacı ile müteveffa olarak nüfusa kaydedildiği göz önünde bulundurulduğunda, davacı ile müteveffa arasında bakım ve destek ilişkisinin olduğu kuşkusuzdur. Müteveffa ölmese idi davacıya eylemli ve düzenli olarak yardım edeceği dolayısıyla müteveffanın ölüm olayı nedeniyle ölenin desteğinin kaybettiği..”* değerlendirilerek maddi ve manevi tazminata hükmedilmiştir.³²⁰ Danıştay da bir kararında paralel olarak, *“Her ne kadar davacılardan ...'nin ölen kişi ile aralarında nikâh akdi bulunmamakta ise de, bu iki kişinin uzun süre karı-koca gibi yaşamaları*

³¹⁷ FRANKO, s. 184.

³¹⁸ SAYMEN, s. 191, FRANKO, s. 184.

³¹⁹ KARAHASAN, s. 858.

³²⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 17.10.1997, E: 1995/79, K: 1997/479, **Akip Açıklamalı Kanun ve İçtihat Programı**; AYİM 2. Dairesi, 30.01.2002, E:2000/574, K:2002/133, **AYİMD**, S: 18, 2. Kitap, s. 771- 782.

sonucunda üç çocuklarının bulunduğu, bunların bakım ve gözetimlerinin ölen kişi tarafından yapıldığı dosyadaki belgelerden anlaşıldığından, davacı ...'in ölen kişinin desteğinden yoksun kaldığı ve zarara uğradığı açık bulunmaktadır.” demek suretiyle ölen kişi ile resmi nikâh bağı bulunmayan, ancak karı koca gibi yaşayan eşin manevi tazminat hakkına sahip olduğuna karar vermiştir.³²¹

Nikâhsız eşe ölüm halinde manevi tazminata hükmedilmesi bir bakıma toplumun bir kısmında yaygın olan imam nikâhlı ama resmi nikâhsız olarak karı koca hayatı yaşayan ve çocuk sahibi de olan bazı kadınların, beraber yaşadığı erkeğin ölümü halinde mağduriyetinin bir nebze de olsa giderilmesi amacıyla kabul edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, her ne kadar adil olsa bile, bahse konu ilişkinin hukuk açısından meşruluk sorununun olduğu da açıktır. Bu sorunun çözüm mercisi ise, yargı yerleri değil, yasama organı olmalıdır.

Ölenin üvey çocukları da manevi tazminat talep etme hakkına sahiptirler. Ancak üvey çocuğun ölüm nedeniyle duyacağı acının öz evladın duyacağı acı derecesinde olup olmadığı manevi tazminata hükmedilmesi bakımından çok önemlidir. Zira öz evladın anne ya da babasının ölümü nedeniyle üzüntü duyduğunu ispat etmesi gerekmezken, üvey evladın üzüntü duyduğunu ispatlaması gerekmektedir.³²² Danıştay ve AYİM de, üvey annenin de manevi tazminat isteme hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir.³²³

Bu noktada, ölüm sırasında küçük yaşta hatta cenin durumunda olan (sağ ve tam doğmak şartıyla) çocuk ve kardeşlerin de manevi tazminat haklarının olduğunu belirtmek gerekir. Zira manevi tazminata hükmedilebilmesi bakımından, manevi acının, ölüm anında ya da daha sonra duyulması arasında fark yoktur. Bu nedenle, ölüm tarihinde henüz anne rahminde olan çocuğun da -sağ doğması kaydıyla- manevi

³²¹ Danıştay 8. Dairesi 24.12.1984, E:1982/1857, K:1984/1618, <http://www.danistay.gov.tr>, (03.11.2010).

³²² EROĞLU, s. 514.

³²³ Danıştay 10. Dairesi, 22.05.1985 tarih ve E:1982/3322, K:1985/1065, <http://www.danistay.gov.tr>, Danıştay söz konusu kararda, kardeşler için manevi tazminatı kabul etmezken üvey annenin manevi tazmin talebini kabul etmiştir. Ayrıca AYİM 2. Dairesi 5.11.1997, E:1997/479, K:1997/858; <http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim>, (03.11.2010).

tazminat hakkına sahip olduğunun kabulü gerekir.³²⁴ Yargıtay da bir kararında, manevi tazminatın bütün hayat boyunca duyulacak ve çekilecek olan elem ve acıya karşılık olarak takdir edilen bir para olduğu, küçükler ise, olay sırasında yaşlarının küçüklüğü nedeniyle kardeşlerinin ölüm acısını tam hissedemeseler bile hayatlarının devamında bu acıyı derinden hissedeceklerinden dolayı, küçük davacılar yararına da uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir.³²⁵ Danıştay da, aynı yönde, “ölüm tarihinde küçük olan çocukların, bunun acısını olay anında duyması mümkün olmasa bile, daha sonra ve hayat boyunca bu olayın ağırlığını hissedeceklerini ve dolayısıyla manevi acı duyacaklarını” kabul etmiştir.³²⁶

Kardeşlerin manevi tazminat talep haklarının bulunup bulunmadığı konusunda Danıştay bazı eski kararlarında olumsuz cevap vermiştir. Danıştay söz konusu kararlarında, Türkiye’de karı, koca ve çocuklardan oluşan bir çekirdek aile tipinin hakim bulunduğunu, çekirdek ailenin eşler ve çocuklar dışında en çok büyükanne ve babayı kapsadığının düşünülebileceği, bu aile tipinde kardeşlere yer olmadığından, ölüm nedeniyle kardeşlerin tazmini gerekecek ölçüde, manevi varlıkların çöküntüye uğradığı kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir.³²⁷ Ancak sonraları Danıştay da kardeşlerin manevi tazminat talep haklarının bulunduğunu kabul etmiştir.³²⁸

AYİM manevi zararı bir tatmin aracı olarak görmektedir. Manevi tazminatın bir tatmin aracı olduğu görüşünü savunanlara göre, manevi tazminat talep edebilmek için elem ve ıstırap duyulması gerekir. Temyiz kudretinden yoksun bulunanların ise

³²⁴ KARAHASAN, s. 859.

³²⁵ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 26.10.2007, E:2006/13898, K:2007/13008, <http://www.adalet.org>, (27.10.2010).

³²⁶ Danıştay 10. Dairesi, 18.11.1996 tarih ve E:1995/2428 K:1996/7639, <http://www.danistay.gov.tr>, (27.10.2010).

³²⁷ Danıştay 10. Dairesi, 18.10.1982 tarih ve E:1982/2428, K:1982/2068 sayılı, 15.11.1982. E.1982/2400. K.1982/2709 sayılı ve 20.10.1993 tarih ve E:1992/1321, K:1993/3896 sayılı kararları <http://www.danistay.gov.tr>, (03.11.2010).

³²⁸ Danıştay 10. Dairesi, 28.12.2007, E:2004/8407, K:2007/6526 <http://www.danistay.gov.tr>, (03.11.2010).

elem ve üzüntü duymaları söz konusu olmadığından, temyiz kudretinden yoksun olanların manevi tazminat talep hakkı bulunmamaktadır.³²⁹

AYİM bu görüşüne paralel olarak kardeşlerle ilgili birçok kararında yedi yaşından küçük kardeşlerin manevi tazminat isteyemeyeceklerine karar vermektedir³³⁰. Ancak, buna zıt bir şekilde yedi yaşından küçük çocuğun, hatta anne karnındaki ceninin anne ve babasının ölümü dolayısıyla manevi zarara uğrayabileceğini kabul etmektedir.³³¹ Yani AYİM 7 yaşından küçük kardeşinin acısını duyabileceğini kabul etmezken, anne veya babasının acısını duyabileceğini kabul etmektedir.

AYİM'in kardeşlerin manevi tazminat taleplerine ilişkin yedi yaş sınırına yönelik içtihadının hangi bilimsel temele dayandığı, mahkemenin kararlarında açıklanmamıştır. Bu durum AYİM'in içtihadını ikna edici olmaktan çıkarmaktadır.³³² Gerçekten de, yedi yaş sınırının esas alınmasının hangi ölçütlere dayandığı bilinmemektedir. Tıbben yedi yaşından küçüklerin manevi acıları hissedemeyecekleri, üstündekilerin hissedebileceklerine yönelik bir bilimsel çalışma bulunmamaktadır. Yedi yaşından büyük olduğu halde zihni ve psikolojik gelişimi geri kalmış çocuklar bulunabileceği gibi, yedi yaşından küçük bir çocuk da zihni ve psikolojik yönden yaşlılarının çok üstünde bir gelişim göstermiş olabilir. Bu sebeple, AYİM'in bu içtihadının bilimsel ve hukuksal bir temeli bulunmamaktadır. Kaldı ki, AYİM kararlarında yukarıda da belirttiğimiz gibi, yedi yaşından küçük hatta anne karnındaki çocuğun, anne ve babasının ölümü dolayısıyla manevi zarara uğrayabileceğini kabul etmiştir.³³³ Aynı yaştaki çocuğun anne veya babası öldüğünde manevi zarar duyduğunu kabul edip, kardeşinin ölümünde manevi zararı kabul etmemek de bir çelişki oluşturmaktadır.

³²⁹ OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/ÖZDEMİR, Saibe Oktay, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 8. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi 2005, s. 655.

³³⁰ AYİM 2. Dairesi 13.12.1995, E:1994/1534, K:1995/979 sayılı ve 22.03.2000, E:2000/95, K:2000/157 sayılı kararları <http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim>, (03.11.2010).

³³¹ AYİM 2. Dairesi 26.4.2000, E:1998/553, K:2000/319, <http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim>, (03.11.2010).

³³² TUNCAY, s. 226.

³³³ Bakınız Dipnot 331.

Bunun yanı sıra üvey kardeşlerin manevi tazminat talepleri konusunda da duyulan acı ve ıstırap esas alınmak suretiyle manevi tazminata hükmedilmelidir.³³⁴

Nişanlıının manevi tazminat hakkının bulunup bulunmadığı konusunda AYİM kararlarında istikrar bulunmamaktadır. AYİM, verdiği bir kararda yaşadığı yerde teröristlerle girişilen çatışmada ölen kişi ile nişanlı olarak bilinen davacının, nişanlısının ölümü nedeniyle büyük üzüntü yaşayacağı ve hatta ileride evlenme şansının azalacağı endişesini duyacağı gerekçesiyle manevi tazminat talebinin kabulüne karar vermişken³³⁵, başka bir kararında ise, nişanlıının manevi acısı kabul edilmiş olmakla beraber, manevi tazminat sadece çekirdek aile fertleri için takdir edileceğinden ve henüz ölen kişi ile nişanlı olan davacı arasında çekirdek aile kurulmadığından manevi tazminat isteminin reddine karar vermiştir.³³⁶

Danıştay ise, nişanlıının manevi tazminat talep hakkının bulunduğunu kabul etmektedir.³³⁷

B. CİSMANİ ZARAR HALİNDE MANEVİ TAZMİNAT

Cismani zarar, beden ve ruh bütünlüğünün ihlali olarak tanımlanabilir. Bir organın yaralanması, kırılması, kopması, görme, işitme, koku alma organlarının zarar görmesi, görevini yapamaz hale gelmesi, kişinin fiziksel durumunun değişmesi, güzelliğinin zarar görmesi gibi fiziksel bütünlüğünün bozulmasına ilişkin durumlar cismani zarardır. Ayrıca beden bütünlüğüne dair bir saldırı sonucu kalp krizi geçirme, erken ya da noksan doğum, ruh sağlığının bozulması da cismani zarar kapsamına girmektedir.³³⁸

³³⁴ EROĞLU, s. 516, ayrıca, AYİM 2. Dairesi 30.4.1994, E.1994/626, K.1994/781; <http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim>, (03.11.2010).

³³⁵ AYİM 2. Dairesi, 23.03.1994, E:1993/159, K:1994/1058, <http://www.msb.gov.tr/ayim>, (31.10.2010).

³³⁶ AYİM 2.Dairesi, 18.12.2002, E: 2002/568, K: 2002/952, **Sinerji Mevzuat İctihat ve İcra Programı CD'si**.

³³⁷ Danıştay 10. Dairesi, 09.11.1999 tarih ve E:1997/4839, K:1999/5475, <http://www.danistay.gov.tr>, (31.10.2010).

³³⁸ ORHUNÖZ, Ergun, **Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat**, Ankara 1999, s. 21-22.

Aslında, kişinin beden bütünlüğüne ilişkin hakları da “kişilik hakları” kavramı çerçevesinde değerlendirilebilecek ise de, Borçlar Kanunu’nun ilgili düzenlemesi sonucu, sorumluluk hukuku bakımından bedensel bütünlüğe ilişkin haklar ile kişilik hakları ayrı ayrı ele alınmaktadır.³³⁹ Bu bakımdan, kişinin hayatı, sağlığı ve vücut bütünlüğü şeref ve haysiyeti, resmi, özel hayatının gizliliği, sırları vs. kişilik haklarını oluşturur.³⁴⁰

Kişinin hayat hakkının bir uzantısını oluşturan vücut bütünlüğü³⁴¹, Anayasal koruma altındadır. Cismani zarar sebebiyle kişinin ruhsal bütünlüğünün bozulacağı, acı ve üzüntü duyacağı ve bu nedenle de manevi tazminat talep edebileceği açıktır.³⁴²

Vücut bütünlüğünün korunması hem fiziki bütünlüğü hem de akli ve ruhsal bütünlüğü için geçerlidir.³⁴³

Borçlar Kanunu’nun 47. maddesinde (TBK m.56), bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişiye manevi tazminat verilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin manevi tazminat isteme hakkının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bedensel zarar gören ve bunun sonucunda anatomik yapısı veya fiziksel görünüşü bozulan ya da organları işlev kaybına uğrayan kişinin, bu nedenle acı ve üzüntü duyacağı şüphesizdir. Bedensel bütünlüğün ihlal edilmesi durumunda ekonomik yönden bir zarar doğup doğmadığına bakılmaksızın, sırf bedensel zarardan kaynaklanan acı ve üzüntü nedeniyle manevi tazminata hükmedilir.

Bedensel bütünlüğün ihlalinde hem maddi, hem de manevi zarar doğabileceği gibi, bazen yalnız manevi zarar da doğabilir. Zarar verici olay sonunda maddi zarar

³³⁹ ESİN, s. 450.

³⁴⁰ OĞUZMAN, Kemal, “İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması Ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, **Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, 1990, (7–54), s. 10.

³⁴¹ HELVACI, Serap, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, İstanbul, 2001, s. 51.

³⁴² KARAHASAN, s. 110.

³⁴³ HELVACI, s. 52.

doğmasa, yalnız manevi zarar doğsa bile, zarar gören manevi tazminat talebinde bulunabilir. Zira manevi tazminat talebi maddi tazminattan bağımsız bir taleptir.³⁴⁴

Cismani zarar sebebiyle, manevi tazminat talep etme hakkı, öncelikle doğrudan doğruya bedensel zarara uğrayan kişilere tanınmıştır. Yani, aynı eylem nedeniyle “yansıma yoluyla” acı ve üzüntü duyan kişilerin manevi tazminat talep etme hakları bulunmamaktadır. Bununla birlikte, cismani zarara uğrayan kişinin çok yakınlarının da -aynı eylem sebebiyle- “yansıma yoluyla” değil, “doğrudan doğruya” ruhsal ve sinirsel yönden bedensel bütünlüklerinin zarar görmüş olabileceklerinin de kabulü gerekir. Bu durumda, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya cismani zarara maruz kalınmış olunmaktadır ki, sırf bu nedenle söz konusu kişilerin manevi tazminat talep etme hakları bulunmaktadır.³⁴⁵

Bedensel bütünlüğü zarar gören kişinin -aynı eylemden dolayı- “doğrudan doğruya” bedensel zarara uğrayan- yakınlarının da manevi tazminat talep etme hakları Danıştay tarafından kabul edilmektedir.³⁴⁶ Örneğin, Danıştay bir kararında, askeri atış sahası içinde kalan patlamamış dinamit ve mermilerin patlaması sonucu yaralanan ve el parmağında kalıcı sakatlık meydana gelen çocuğun, bu sakatlık nedeniyle bir üzüntü ve acı duydukları kabul edilen ana ve babası için de manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini kabul etmiştir.³⁴⁷

AYİM ise iki olay dışında³⁴⁸, cismani zarar gören dışındakilerin manevi tazminat istemlerini kabul etmemektedir. Nitekim bir kararında, davacıların oğulları ve kardeşleri olan Jandarma erinin yaralanarak sakat kalmasından dolayı üzüntü duyduklarının şüphesiz olduğu ancak, davacıların bu üzüntüsünün yakınlarının

³⁴⁴ EREN (Borçlar Hukuku), s. 771.

³⁴⁵ KARAHASAN, 853–854.

³⁴⁶ ÖZGÜLDÜR, (Tazminat Hesaplama Yöntemi), s. 334–335.

³⁴⁷ Danıştay 10. Dairesi, 19.02.1998, E:1996/4061 K:1998/742, (Yayınlanmamış Karar).

³⁴⁸ AYİM 3. Dairesi, 08.06.1976, E:1976/1034, K:1976/3170, (Aktaran: ÖZGÜLDÜR, s. 335).AYİM 2. Dairesi, 13.07.1994, E:1993/848, K:1994/1449 sayılı kararda ise başka bir AYİM kararına şöyle atıf yapılmıştır. “Dairemizin 3.5.1989 tarih ve 1987/46 E. 1989/138 sayılı Kararı ile bir olayda kocanın erkeklik gücünü yitirmesi halinde evlilik birliğinin doğal sonucu olan bu zararın karı içinde gerçekleşmiş bir zarar olacağı kabul edilmiş, manevi tazminata hükmedilmiş ise de, burada evli kadının manevi zararları, duyacağı üzüntü, mahrum kalacağı şeyler yansıma suretiyle oluşan zararlar değil doğrudan doğruya maruz kaldığı zararlardır.” <http://www.msb.gov.tr/ayim>, (24.12.2010).

cismani zararının kendilerine yansımalarının bir tezahürü olduğu duydukları üzüntü sebebiyle uğradıkları iddia edilen manevi zararları doğrudan doğruya değil dolaylı ve yansıma yoluyla olduğu gerekçesiyle anne-baba ve kardeşin manevi tazminat taleplerini reddetmiştir.³⁴⁹

C. KİŞİLİK HAKLARININ İHLALİ

“Kişilik hakkı” kavramı, kişinin, yaşamı, sağlığı, beden ve ruh bütünlüğü, fikirleri, özgürlüğü, namusu, şerefi, onuru, anıları gibi değerlerin yanı sıra özel yaşama ve aile yaşamına ilişkin sırlar, mesleki sırları, isim ve fotoğraf üzerindeki hakları, ticari ve mesleki saygınlığı gibi birçok manevi değeri ve tüm sosyal ve siyasal hakları içermektedir.³⁵⁰ Bu varlıklar kişiliğin ayrılmaz parçasıdır. Konut dokunulmazlığının ihlali, izinsiz fotoğrafının yayınlanması, iftira atılması, basın yoluyla hakaret edilmesi kişilik haklarına saldırı örneklerindedir. Bu varlıklar ve ihlal halleri sınırlı sayıda olmadığı için bu haller, kanun koyucu tarafından da sayılmamış ve hâkimin takdirine bırakılmıştır.³⁵¹ Kaldı ki; bu değerlerin tek tek sayılması mümkün olmadığı gibi, zamanın ihtiyaçlarına göre de değişkenlik gösterebileceğinden sayılmaması da yerinde olmuştur.³⁵²

Modern hukuk anlayışı, kişiliğin en yüksek bir ahlaki değer olarak her yoldan korunmasını temel almıştır.³⁵³ Bu anlamda, manevi tazminat, kişilik haklarının korunmasını sağlamak üzere öngörülmüş araçlardan birisidir. Gerçekten, Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinde (TBK m.58), “*kişilik hakları hukuka aykırı bir şekilde saldırıya uğrayan kişinin*” manevi tazminat talep etme hakkının bulunduğu hükme bağlanmıştır.

Kişilik hakları farklı yazarlar tarafından farklı sınıflandırmaya tabi tutulmuştur.

³⁴⁹ AYİM 2. Dairesi, 13.07.1994, E:1993/848, K:1994/1449, <http://www.msb.gov.tr/ayim>, (01.11.2010).

³⁵⁰ ESİN, s. 453; KARAHASAN, s. 873, İŞGÜZAR, s. 857.

³⁵¹ İŞGÜZAR, s. 857.

³⁵² OĞUZMAN, (Makale), s. 10.

³⁵³ KARAHASAN, s. 871.

Bir ayrıma göre kişilik hakları³⁵⁴;

1- Kişinin insan olarak varlığından kaynaklanan, hayat, sağlık, beden bütünlüğü, ruhsal bütünlük gibi kişisel varlıklar,

2- Kişinin toplum içindeki yerine ve statüsüne ilişkin olan, kişinin onuru, şerefi, saygınlığı, özel yaşamı, gizlilik alanı, konuşması, yazısı, mektupları, anıları, meslek, sanat ve ticari sırları, resmi üzerindeki hakları,

Olmak üzere ikiye ayrılır.

Başka bir ayrıma göre ise, kişilik hakları üç başlık altında incelenebilecektir³⁵⁵:

1- Fiziki Kişilik Değerleri: Ölüm ve cismani zarara karşı korunan hayat ve beden bütünlüğüne ilişkin haklardır. Kişinin bedensel ve ruhsal sağlığı ve cesedi üzerindeki haklar da bu kapsamda değerlendirilir.

2- Duygusal Kişilik Değerleri: Kişinin ailesi ve yakınlarına ilişkin değerleri, ailesi ile ilişkileri, nişanlanma, evlenme ve çocuklarıyla ilişkileri bu kapsamda değerlendirilir.

3- Sosyal Kişilik Değerleri: Kişinin şeref ve haysiyeti, toplum içindeki konumu, ticari itibarı, özel hayatı, sırları, özgürlüğü de sosyal kişilik değerleri kapsamında yer almaktadır.

Kişilik haklarını oluşturan değerler, gerçek kişilerde doğumla, tüzel kişilerde hak ehliyetine sahip olmakla birlikte hemen kazanıldıklarından dolayı, diğer haklardan farklı olarak hiçbir kazandırıcı işleme tabi olmaları gerekmez, doğumlarından ölümlerine, hak ehliyetine sahip oldukları andan hak ehliyetinin sona ermesi anına kadar kişiye sıkı sıkıya bağlıdır. Kişilik hakları, mutlak, kişiye sıkı

³⁵⁴ KARAHASAN, s. 110.

³⁵⁵ İŞGÜZAR, s. 857-861.

surette bağı, tekelci, devredilemeyen, vazgeçilemeyen ve mirasçılara geçmeyen, şahıs varlığı haklarındandır.³⁵⁶

“*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin korunması*” Medeni Kanun’un 24. maddesinde hükme bağlanmıştır. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, “*kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça*”, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Böylelikle, Medeni Kanun’un anılan hükmü ile kişilik haklarının korunmasına ilişkin temel düzenlemenin çerçevesi çizilmiş ve sınırları belirlenmiştir. Hukuk düzeni, kişilik haklarının belli sınırlar içinde korunmasını öngörmüş; tüm saldırılara karşı değil, sadece hukuka aykırı saldırılara karşı bir koruma mekanizması getirmiştir.

Kişilik haklarının korunması için özel hukukta, ihlalin durdurulması, ihlalin önlenmesi, tespit edilmesi, cevap ve düzeltme hakkı, manevi tazminat gibi birçok dava çeşidi bulunmaktadır. İdari yargı alanında ise, idare hukuka aykırı olarak kişilik haklarını ihlal ettiği takdirde, ihlal fiili bir idari işlemde kaynaklanmışsa iptal ve/veya tazminat, bir eylemden kaynaklanmışsa sadece tazminat talebinde bulunulabilir.

Danıştay eski kararlarında, kişilik hakkının ihlali nedeniyle manevi tazminata hükmedilebilmesi için, “ağır hizmet kusuru” bulunmasını aramaktaydı.³⁵⁷ Bu içtihadı göre, kusursuz sorumluluk veya normal hizmet kusurunun bulunduğu durumlarda, kişilik hakları zedelense dahi manevi tazminata hükmedilemeyecektir.

³⁵⁶ HELVACI, s. 42–48.

³⁵⁷ Danıştay 10. Dairesi, 29.04.2008, E:2007/301, K:2008/2939, <http://www.danistay.gov.tr>, (02.11.2010), Danıştay kararında, “Davalı idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle davacının uğradığı manevi zararın, manevi tazminatın niteliği de göz önüne alınmak suretiyle tazmininin gerektiğine” karar vermiştir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, Danıştay, aynı kararda, “Yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetini kişi haklarının zedelenmesini önleyecek şekilde gerekli önlemleri alarak düzenleyemeyen, hizmetin niteliği gereği olan gizliliği sağlayamayan davalı idarenin olayda ağır hizmet kusuru bulundu...”ğuna da hükmetmiştir.

Danıştay'ın hala ağır hizmet kusuru şartını aradığından bahsedebiliriz. MİT tarafından düzenlenen ve gizli kalması gereken bir Susurluk Raporu basına sızdırılması ve bu belgede gerçek olup olmadığı kanıtlanmamış bazı suçlamaların yer alması sonucu kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle açılan davada Danıştay, *“Davalı idarenin açıklanan ağır hizmet kusuru nedeniyle davacının uğradığı manevi zararın, manevi tazminatın niteliği de göz önüne alınmak suretiyle tazmini gerekmektedir”* diyerek ağır hizmet kusurunun bulunması şartını aramaya devam ettiği görülmektedir.³⁵⁸ Ancak Danıştay'ın ağır kusur şartını aramadığı, hizmet kusurunun varlığını yeterli gördüğü kararları da vardır.³⁵⁹ Bu kararlardan biri de şöyledir: 02.07.1993 tarihinde Sivas ilinde yapılan 4. Pir Sultan Abdal Kültür Etkinlikleri sırasında meydana gelen, bir otelin yakılması ve otuz üç kişinin ölümü ile sonuçlanan olaylarda, otelden sağ olarak kurtulan davacı, gözü önünde birçok insanın ölmesi ve saatlerce otelde mahzur kalması nedeniyle manevi zarara uğradığı iddiasıyla manevi tazminat davası açmıştır. Bu davada Danıştay, *“protesto eylemlerinin başlamasından otelin yakılmasına kadar geçen yedi saate yakın bir süre, başlangıçta az sayıda eylemciden oluşan kalabalığı dağıtmaya veya başka şekilde etkisiz hale getirmeye yönelik çalışmaların yetersizliği, ya da dağıtılması halinde başka olaylar çıkabileceği endişesiyle dağıtmak istemeyen idarenin, hizmetin kötü işlemesi, hatta bir süre hiç işlememesi nedeniyle hizmet kusurunun bulunduğu”* yönünde karar vermiştir.³⁶⁰

Danıştay'ın hangi hallerde kişilik haklarının zedelendiğine karar verdiğiine ilişkin örnek verecek olursak; *“Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı bünyesinde düzenlenen, yürütülen hizmetin niteliği gereği gizli kalması gerekirken basına sızdırılan belgede gerçeğe uygunluğu herhangi bir şekilde kanıtlanamayan, davalı idare tarafından hiçbir dayanak gösterilemeyen suçlamalara yer verilmesi”*³⁶¹nin, *“Yeniden vatandaşlığa alınması isteminin hukuka aykırı bir şekilde reddedilmesiyle*

³⁵⁸ Danıştay 10. Dairesi, 02.10.2001, E:1999/990, K:2001/3326, <http://www.danistay.gov.tr>, (02.11.2010).

³⁵⁹ Danıştay 10. Dairesi, 26.12.1996, E:1994/5083, K:1996/8749, 15.03.2001, E:1999/863, K:2001/904, <http://www.danistay.gov.tr>, (02.11.2010).

³⁶⁰ Danıştay 10. Dairesi, 02.10.1996, E:1996/211, K:1996/5755, <http://www.danistay.gov.tr>, (02.11.2010).

³⁶¹ Bakınız Dipnot 355'teki karar.

*doğal kişilik haklarından olan vatandaşlık hakkını belli bir süreyle kazanamayan ve bu durumun kamuoyunda duyulmasının*³⁶², 3 kez tıbbi müdahale uygulanmasına karşın, hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesinin³⁶³ kişilik haklarını ihlal ettiği ve manevi tazminat sorumluluğunu doğurduğuna hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere, idari yargıda da, idare tarafından hukuka aykırı olarak kişilik hakları ihlal edilen kişinin, bu saldırı neticesinde duyduğu acı ve üzüntünün bir nebze de olsa tatminini sağlamak üzere manevi tazminat talep hakkı bulunmaktadır. Burada, cismani zarar nedeniyle manevi tazminatta da olduğu gibi, söz konusu saldırıdan doğrudan doğruya etkilenen yakınların da manevi tazminat isteyebileceklerini belirtmek gerekir. Kişilik haklarına yapılan saldırıların bazı durumlarda o kişinin yakınlarının da doğrudan doğruya acı ve elem duymalarına neden olabileceği bilinmektedir. Özellikle, kişinin aile bütünlüğüne yönelik bu tür saldırılar neticesinde saldırıya maruz kalanın yakınlarının da doğrudan doğruya zarara uğradıkları kabul edilmektedir.³⁶⁴ Yukarıda da belirtildiği gibi, kişilik haklarına saldırıda bulunan kişinin -aynı eylem nedeniyle “doğrudan doğruya” zarara uğrayan- yakınlarının da manevi tazminat talep edebilecekleri görüşü gerek adli yargı gerekse idari yargı tarafından benimsenmiştir.³⁶⁵

Kişilik haklarının ihlali konusunda belirtilmesi gereken son nokta, tüzel kişilerin kişilik haklarının ihlali halinde manevi tazminat isteyip isteyemeyeceğine ilişkindir. Bu konu doktrinde tartışılmış ve gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de manevi tazminat talep hakkı olduğu kabul edilmiştir.³⁶⁶ Gerçekten, kişiliği oluşturan değerler arasında serbestçe çalışma özgürlüğü, vatandaşlık, şeref ve haysiyet de vardır. Tüzel kişilerin de aynı değerlerden oluşan sosyal kişilik haklarının bulunduğu

³⁶² Danıştay 10. Dairesi, 26.12.1996, E:1994/5083, K:1996/8749; 15.03.2001, E:1999/863, K:2001/904, <http://www.danistay.gov.tr>, (02.11.2010).

³⁶³ Danıştay 10. Dairesi, 29.04.2008, E:2007/301, K:2008/2939, <http://www.danistay.gov.tr>, (02.11.2010).

³⁶⁴ KARAHASAN, s. 957.

³⁶⁵ ÖZGÜLDÜR, (Tam Yargı), s. 334–335.

³⁶⁶ EDE, Nejat, “Manevi Tazminat Konusundaki Gelişmeler ve Tüzel Kişilerin Manevi Tazminat İstemleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.49, 1992/5, (728–738), s. 732, ESİN, s. 453.

günümüz hukuklarında kabul edildiğine gere, kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlerden tüzel kişilerin de kendi niteliklerine uyduğu ölçüde yararlanacağı sonucuna varılacaktır.³⁶⁷

Danıştay da bir kararında, “*Manevi tazminatın bu niteliği dikkate alındığında, manevi tazminata hükmedilmesini gerektirecek zarar; ölüm, bedensel zarar ve kişilik haklarına saldırı hallerinde söz konusu olabilecektir. Gerçek kişiler yanında, tüzel kişilerin de kişilik haklarına yönelik bir saldırı nedeniyle manevi zarara uğrayabilecekleri, bu tür zararların da tazmini gerektiği açıktır. Ancak, idare hukuku çerçevesinde, bir tüzel kişiliğin manevi zararından söz edilebilmesi için, idari tasarrufun hukuka aykırı oluşu tek başına yeterli değildir. İdarenin, hukuka aykırı tasarrufuyla, tüzel kişiliğin itibarını zedelemesi veya tüzel kişiliğin faaliyetlerini açıkça olumsuz biçimde etkilemesi halinde, idarenin manevi tazminat sorumluluğunun varlığı kabul edilebilir.*”³⁶⁸ diyerek idarenin eylem veya işlemi sonucu tüzel kişilerin kişilik hakları ihlal edilmiş ise, manevi tazminat talep haklarının bulunduğunu kabul etmiştir.

D. MALVARLIĞINA YÖNELİK ZARARLAR

Doktrinde, maddi bir varlığa verilen zarar nedeniyle, manevi tazminat talep edilip edilemeyeceği konusu tartışılmıştır. ESİN’e göre, o eşyaya duyulan ilgi sebebiyle manevi değerlerde bir azalma meydana gelmediği sürece, kural olarak kişilik hakkından olmayan maddi bir eşyaya verilen zararlardan dolayı manevi tazminat talep edilebilmesi mümkün değildir. Ancak, yazar, yadigâr olan, manevi değeri olan eşyalara verilen zararlar için manevi tazminatın mümkün olabileceğini belirtmektedir.³⁶⁹ GÜRSOY da, malvarlığının ihlalinde manevi tazminatın istenemeyeceğini belirtmektedir. Ancak GÜRSOY’a göre de, söz konusu kuralın istisnaları bulunmaktadır.³⁷⁰ Yargıtay da, mala yönelik zarardan dolayı manevi tazminat istemiyle açılan davada, mal varlığına yönelik eylemlerin de az veya çok

³⁶⁷ EDE, s. 733; EREN (Borçlar Hukuku), s. 765.

³⁶⁸ Danıştay 10. Dairesi, 27.04.2000, E:1997/3081, K:2000/1961, <http://www.danistay.gov.tr>, (02.11.2010).

³⁶⁹ ESİN, s. 453.

³⁷⁰ GÜRSOY, s. 24.

kişiyi manevi bir üzüntüye düşürebilirse de, mal varlığına ilişkin zararların, genelde kişisel değerlerin ihlalden doğmadıkça manevi tazminatı gerektirmeyeceği, bir kişilik hakkının ihlal edilmesi ön koşulunun da gerçekleşmeden kişinin mal varlığına dâhil piyango biletine el atılmasının, kişisel değerlere saldırı olarak kabul edilemeyeceğine³⁷¹ karar vererek genel kuralı belirlemiş ancak, hatıra değeri olan bir eşyanın kaybedilmesinde ise manevi tazminat isteminin kabulü gerektiğine hükmetmiştir.³⁷²

İdari yargıda da kural olarak, malvarlığına verilen zararların manevi tazminata neden olmayacağı kabul edilmektedir. Nitekim Danıştay bir kararında, *“Manevi tazminat, patrimonanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır... Manevi tazminata hükmedilebilmesi için kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi veya idarenin hukuka aykırı bir işlem veya eylemi sonucunda ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması veya şeref ve haysiyetin rencide edilmiş bulunması gerekir.”* diyerek malvarlığına ilişkin zararlarda manevi tazminatın söz konusu olmayacağına karar vermiştir.³⁷³

AKYILMAZ ise, manevi tazminata karar verilebilmesi için, manevi değerlerde bir azalma olup olmadığının önemli olduğunu, maddi bir varlığa verilen zarar, kişinin manevi acı ve üzüntüye duymasına sebep oluyorsa, malvarlığına verilen zararların da manevi tazminat gerektireceği görüşündedir.³⁷⁴

II. MANEVİ TAZMİNAT İSTEME HAKKINA SAHİP OLANLAR

İdari fiilden doğrudan veya dolaylı bir biçimde manevi zarara uğrayanlar, idareden tazminat isteyebileceklerdir.³⁷⁵

³⁷¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 28.05.1981, E:1981/5229, K:1981/7777, KARAHASAN, s. 456.

³⁷² Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 06.04.1989, E:89/2698, K:89/1768, İŞGÜZAR, s. 862.

³⁷³ Danıştay 10. Dairesi, 2.10.1998, E:1996/42, K:1998/5310, <http://www.danistay.gov.tr>, (03.11.2010).

³⁷⁴ AKYILMAZ, (İdari Yargıda Tazminat), s. 214

³⁷⁵ GÖZLER, C.II, s. 1292.

A. DOĞRUDAN ZARAR GÖRENLER

Doğrudan zarar görenler, idari eylem veya işlem sonucunda, manevi değerlerinde doğrudan azalma meydana gelen kişilerdir. Ölüm ve yaralama olaylarında doğrudan zarar gören; kişilik değerlerinde azalma meydana gelen ölen ve yaralanan kişilerin kendisidir. Ancak ölümle kişilik sona erdiği ve dolayısıyla hakkın süjesi olma durumu ortadan kalktığından, ölen kişinin idareden tazminat talep etmesi mümkün değildir. Bu hak ölenin yakınlarına aittir. Cismani zararda ise, kişilik devam ettiğinden, yaralanan kişi kişilik değerlerinde meydana gelen azalma nedeniyle tazminat talep edebilecektir.

Şeref, haysiyet, hürriyet, isim, resim, ticari ve sosyal itibar gibi hayat ve vücut bütünlüğü dışındaki kişi varlığı değerlerinin ihlalinde, ihlalden doğrudan etkilenen, şahıs varlığı değerlerinde eksilme meydana gelen kişilerdir. Diğer bir deyişle, şerefi, hürriyeti, haysiyeti ve ticari itibarı çığnenen; ismi ve resmi kullanılan kişidir.

Temyiz kudreti olmayanların uğradıkları zararlar için manevi tazminat talep etme haklarının bulunup bulunmadığı tartışılmıştır. Bir görüşe göre, akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya yaş küçüklüğü nedeniyle bir kişi acı duyamıyor ve zararı hissetmiyorsa, manevi zarar oluştuğı kabul edilemeyecektir. Eğer küçük büyüdüğünde ya da akıl hastası iyileştiğinde bu acı ve elemi hissedebilirse o zaman manevi zarar ortaya çıkar ve manevi tazminat talep edilebilir.³⁷⁶

Diğer bir görüşe göre ise, manevi zarardan bahsedilebilmesi için kişilik değerlerinde, mağdurun iradesi dışında bir objektif azalmanın bulunması yeterli olup ayrıca kişinin bu azalma nedeniyle üzüntü ıstırap duyması, yaşama zevkinin azalması gerekmemektedir.³⁷⁷

Kanaatimce, manevi tazminatın amacı kişilik haklarını korumak olduğu ve temyiz kudreti bulunmayanların da kişilik hakları bulunduğu ve bunların sağlıklı ve

³⁷⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 893–894.

³⁷⁷ İŞGÜZAR, s. 872.

normal bir insanınki kadar hatta daha da çok korunması gerektiğinden temyiz kudreti bulunmayan küçüklerin ve akıl hastalarının da manevi tazminat talep haklarının bulunduğunun kabul edilmesi zorunludur.

AYİM de bir kararında temyiz kudretinden yoksun kişinin manevi tazminat talep edebileceğini kabul etmiştir. *“Temyiz kudretinden yoksun olan kimsenin bu durumu akıl hastalığı ya da akıl zayıflığından kaynaklanıyorsa; kişiliğine yönelik saldırılardan psikolojik varlığı ve ruhsal dengesi bakımından bazı hallerde etkilenmediği düşünülebilir. Ancak cismani zarara maruz kalan bir akıl hastasının, örneğin kolu kırılması, olayımızda olduğu gibi, başının üstüne düşerek sakatlanması gibi hallerde, olay anında acı duymadığını düşünmek, o anda mağdurun cansız bir varlık kabul etmek anlamına gelir... Bu nedenle... davacının olay sebebiyle duyduğu ve duyacağı acı ve ıstıraplarının kısmen de olsa karşılanabilmesi için, uygun miktarda manevi tazminat taleplerinin idarece karşılanması gerekeceği sonucuna varılmıştır...”*³⁷⁸

B. DOLAYLI ZARAR GÖRENLER

Dolaylı manevi zararlar, kişilik değerlerinde doğrudan azalma meydana gelenlerin yakınlarının, uğradığı manevi zararlardır.³⁷⁹ Dolaylı manevi zararların en açık örneği, mağdurun ölümünden veya yaralanmasından, o kişinin yakınlarının duyduğu manevi acı ve ıstıraplardır.

Bir kişinin ölümü nedeniyle o kişinin yakınları manevi acı ve üzüntü duyabilirler. Bu kişilerin manevi zararlarının tazmin edilmesi gerekir. Borçlar Kanununun 47'nci maddesinde (TBK m.56)³⁸⁰, ölüm halinde, manevi tazminat isteme hakkını ölenin ailesine tanımıştır. Esas olarak, ölenin desteğinden yoksun kalanların manevi tazminat isteme hakkı bulunmaktadır. Bununla beraber, ölenin desteğinden yoksun kalanlar manevi tazminat isteme hakkına miras yoluyla değil; aslen sahip

³⁷⁸ AYİM 2. Dairesi, 28.02.1990, E:1989/189, K:1990/87, (Aktaran: ÖZGÜLDÜR, Tam Yargı, s. 358–359).

³⁷⁹ GÖZLER, C.II, s. 1293.

³⁸⁰ Yeni Kanunda mahkeme kararlarında anlaşıldığı gibi, manevi tazminatın “ölenin yakınlarına” verileceği düzenlenmiştir.

olduklarından, ölenin mirasçıları dışındaki yakınlarının da manevi tazminat isteme hakkı bulunmaktadır.³⁸¹

Manevi tazminat isteme hakkına sahip olabilmek için mirasçılık şart olmadığından, ana, baba, çocuk, kardeş³⁸², sağ kalan eş ve nişanlı³⁸³ da manevi tazminat isteyebilirler. Danıştay da bir kararında³⁸⁴, “...ölenin eşi, çocukları, anne ve babası ve kardeşlerinin aralarındaki hısımlık bağı ve yakın ilişkisi dikkate alındığında ölüm olayından etkilenmemelerinin, elem ve ıstırap duymamalarının mümkün bulunmadığı ve bunun karşılığında manevi tazminat ödenmesi gerektiği...”ne hükmetmiştir. Hâkim tazminata hükmederken, öncelikle ölen ile davacılar arasındaki yakınlık ve kişisel ilişkilerin özelliğini araştırır.³⁸⁵ Davacının ölen kişi ile köklü kişisel ilişkileri var ise, yakın akraba veya mirasçı olmasına gerek olmaksızın manevi tazminata hükmedilmelidir.

Yaralanma halinde, yaralananın yakınlarının ruh sağlığı bozulmuş ve psikolojik bütünlüğü eksilmişe, bunların da manevi zarara uğradıkları kabul edilmelidir.

Şeref ve haysiyet gibi yalnızca sahibini ilgilendiren kişilik değerlerinde azalma meydana gelmesi, o kişinin yakınlarını etkilemeyeceğinden, yakınların manevi tazminat talep hakları bulunmamaktadır. Buna karşılık, resim, isim ve ticari itibar gibi kişilik değerlerinde meydana gelen azalma, o kişinin yakınlarını da etkileyebilecek, manevi zarara uğramalarına sebep olabilecek niteliktedir. Örneğin ölen bir kişinin isminin toplumca ahlak dışı kabul edilen bir olayda anılması, o kişinin yakınlarını manevi üzüntü içine sokabilir. Bu durumda ölenin yakınlarının manevi tazminat talep edebilme haklarının bulunduğunu kabul etmek gerekir.

³⁸¹ EREN (Borçlar Hukuku), s. 764.

³⁸² Danıştay 10. Dairesi, 28.3.1984. E.1983/945. K.1984/663. “...ölenin kardeşleri olan davacılar ise taktiren 50.000'er lira manevi tazminat verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır...”<http://www.danistay.gov.tr>, (03.11.2010).

³⁸³ Danıştay 10.Dairesi 9.11.1999. E.1997/4839. K.1999/5475, <http://www.danistay.gov.tr>, (03.11.2010).

³⁸⁴ Danıştay 10. Dairesi, 22.11.1999. E.1998/28, K.1999/6195; <http://www.danistay.gov.tr>, (03.11.2010).

³⁸⁵ EREN (Borçlar Hukuku), s. 764.

III. İDARE ALEYHİNE MANEVİ TAZMİNATIN TAYİNİ

Kişilik değerlerindeki eksilmenin para ile ölçülmesi mümkün olmadığından, manevi zararın tayininde mahkemeye geniş takdir yetkisi tanınmıştır³⁸⁶. Mahkeme, zarara uğrayanın bulunduğu özel koşulları dikkate alarak manevi tazminatın miktarını tayin eder.

Manevi tazminatın manevi acı ve ıstırapın kısmen de olsa tatmin edilmesi amacını taşımasından dolayı ve günümüzde geçerli olan değer yargılarının doğal bir sonucu olarak, mağdura belirli miktarda para ödenmesi, manevi tazminatın en belirgin ve yaygın şeklidir.³⁸⁷

Manevi tazminatın miktarının tespiti esas itibarıyla mahkemenin takdir yetkisi içindedir. Bu konuda, hâkime takdir yetkisi tanınması, kanunun koyacağı temel esasları toplumun taleplerine, yeni durum ve ilişkilere ve değişen hayat şartlarına uygunluğu sağlar. Bu da hayatın akışına ve değişmesine hukukun ayak uydurmasına ve adaletin gereği gibi tecelli etmesine yarar.³⁸⁸

Hâkimin takdir yetkisi Medeni Kanununun 4'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.³⁸⁹ Bu hükmün idari yargıda da uygulanması gerekir. Çünkü maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gibi takdirin söz konusu olduğu alanlarda, hukukun uygulanmasında birlik ve hukuki güvenliğin sağlanması bakımından, bu hükmün uygulanmasında büyük yararlar vardır.

İdari mahkemeler tam yargı davalarında bir eda hükmü vermekte; idareyi belli bir miktar parayı karşı tarafa ödemeye zorlamaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi, idari hâkim tazminata hükmederken, hukukun genel ilkelerinden ve borçlar

³⁸⁶ EREN (Borçlar Hukuku), s. 761.

³⁸⁷ GÖNEN, <http://www.danistay.gov.tr>, (27.09.2010).

³⁸⁸ EDİS, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 6. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1997, s. 197–198.

³⁸⁹ EDİS, s. 199.

hukuku hükümlerinden hareket etmektedir. Bu nedenle, borçlar hukukunda tazminatın miktarına ilişkin olarak hâkime tanınan takdir yetkisinin aynısı idari hâkim için de geçerlidir.

Hâkim takdir yetkisini kullanırken ön yargılarından uzaklaşarak, taraflar arasındaki uyuşmazlıkta adil bir denge kurmaya çalışmalı ve takdir yetkisini hukuka ve hakkaniyet kurallarına uygun kullanarak ödenmesi gereken manevi tazminatın miktarını tespit etmelidir. Hakkaniyet, bazı koşulların ve çözümlerin önceden saptanmasının doğuracağı mahzurları ortadan kaldırmak için hukuk kurallarının esnek ve eksik kaldığı durumlarda etkisini gösteren ve belli somut olayların şartlarına uygun karar verilmesini emreden kurallar bütünüdür. Bu nedenle hâkim manevi tazminatın miktarını tespit ederken, hakkaniyet kurallarına uygun davranmak zorundadır. Bu bakımdan hakkaniyet kuralları hâkimin takdir yetkisini sınırlayan kurallardır.³⁹⁰

A. İDARE HUKUKUNDA MANEVİ TAZMİNATIN TAYİNİNE İLİŞKİN İLKELER

1. Nakden Tazmin İlkesi

Özel hukukta zarara uğrayan kişinin zararı, “aynen tazmin” ve “nakden tazmin” olmak üzere iki değişik şekilde tazmin edilir. Aynen tazmin, bir şeyin zarara uğramamış olsaydı bulunacağı hale getirilmesidir. Nakdi tazmin ise, mağdurun zararına eşdeğer bir miktar paranın kendisine verilmesidir. Bu tazmin türü, fiziksel zarar halinde uygulanabilmesi mümkün olan tek tazmin türüdür.³⁹¹ Çünkü bu halde, zarar verene karşı aynı eylemin gerçekleştirilmesi kısas olup, bu usul modern hukukta kabul edilmediğinden, fiziksel acının geri dönüşü de mümkün olmadığından tek yol nakdi olarak bir miktar paraya hükmedilmesidir.

İdare hukukunda hâkimin idareyi “aynen tazmin”e mahkûm etmesi, idareye bir “yapma borcu” yüklemesi diğer bir deyişle idareye emir vermesi, idarenin işine

³⁹⁰ EDİS, s. 217–218.

³⁹¹ ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, s. 165.

karışması anlamına geleceğinden, mümkün değildir. İdare hukukunda hâkim sadece “nakden tazmin”e hükmedebilir. Çünkü idare hukukunda hâkimin idareye emir vermesi yasaktır.³⁹²

Danıştay da bir kararında, “*bir zararın aynen telafisi ve eski halin iadesi yolları bulunmayan idari yargıda açılan tazminat davasında zararın para olarak Türk Lirası cinsinden tanımlanmasının zorunlu*” olduğuna hükmetmiştir.³⁹³

İdarenin manevi tazminat sorumluluğu bakımından, zaten aynen tazmin mümkün olamayacaktır. Çünkü manevi zararın niteliği itibariyle zarara uğrayanın zararının aynen tazmini mümkün olmadığından, özel hukukta da büyük oranda “nakden tazmin” yoluna gidilmektedir. Ancak özel hukukta, (adli yargıda) hâkim, zarara uğrayan kişiye nakdi bir miktar tazminat ödenmesi yerine, tecavüzü kınamakla da yetinebilir. Nitekim Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinin 3. fıkrasına göre (TBK mç58) “*Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi, tecavüzü kınayan bir karar vermekle de yetinebilir ve bu kararın basın yoluyla ilanına da hükmedebilir.*” Ancak idari yargıda yukarıda belirttiğimiz gibi, mahkemenin idareye emir verememesi ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri diğer tazmin şekillerinin tercihini önlemektedir. Özellikle manevi tazminatın tatmin edici yönü göz önüne alındığında, nakdi tazminat şeklinin manevi tazminat bakımından en uygun yöntem olarak kabul edildiği ve uygulamada da benimsendiği görülmektedir.

Bununla birlikte, hukukumuzda nakdi tazmin şeklinin uygulanmasını zorlayıcı bir düzenleme bulunmadığına³⁹⁴ göre, manevi tazminat gerektiren bazı durumlarda, mağdura cevap hakkı tanınması gibi para dışındaki tazmin yollarına³⁹⁵ da gidilebilmesi gerekir. Ancak, Danıştay, “*başka türlü giderim yollarının*

³⁹² GÖZLER, C.II, 1268–1369.

³⁹³ Danıştay 10. Dairesi, 15.06.1992, E:1992/4697, K:1992/2485, <http://www.danistay.gov.tr>, (04.11.2010).

³⁹⁴ ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, s. 166.

³⁹⁵ GÜRAN, s. 159.

bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu kıldığı”nı düşünmektedir.³⁹⁶

GÖZLER’e göre idarenin kendi isteğiyle aynen tazmine zorlanması mümkündür. Her ne kadar idare hukukunda idarenin nakden tazmin etmesi ilkesi geçerli ise de idare kendi isteğiyle “aynen tazmin” de edebilir. Yeter ki, mahkemenin verdiği bir emir bulunmasın ve aynen tazmin idarenin iradesine bağlı kalsın. GÖZLER’e göre bunun başlıca iki yolu vardır:

(1) İdare mahkemesi, idareyi, zarar veren olayın devamı süresince, geçen her gün başına belli bir tazminat ödemeye mahkûm eder. İdare de tazminat ödemekten kurtulmak istiyorsa, ortaya çıkan zararı aynen tazmin eder.

(2) İdare mahkemesi, idareyi şartlı bir şekilde nakden tazmine karar verebilir. İdare mahkemesi kararında diyebilir ki, “idare ortaya çıkan zararı aynen tazmin etmedikçe zarar gören kişiye şu kadar lira tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir.” Böyle bir durumda para ödemek istemeyen idare aynen tazmin yolunu seçebilir. Ortada aynen tazmine mahkûmiyet olmadığından, idareye seçme hakkı veren bir mahkeme kararı da, idareye emir verildiği anlamına gelmez.³⁹⁷

Kanımcı, GÖZLER’in ifade ettiği bu yöntemin, manevi tazminatın belirlenmesinde de bazı faydaları olabilecektir. Özellikle, adli olaylarda yanlış zanlının yakalanıp gazete ve televizyonlarda haber olması ve bir süre sonra da gerçek suçlu olmadığına anlaşıl原因 olarak bırakılması durumlarında, idarenin salt manevi tazminat olarak bir miktar paraya mahkûm edilmesi zarar göreni tatmin etmeyeceği gibi, acısını da hafifletmeyecektir. Bununla birlikte, gerek Danıştay’ın görüşleri, gerekse idari yargıda “idareye emir verilememesi” kuralından hareketle idareyi başka türlü borç altına sokmak, mesela olayda basın açıklamasına zorlamak mümkün olmayacaktır. İşte bu hallerde “basın açıklaması yapıldığı takdirde şu kadar, yapılmadığı takdirde şu kadar tazminata” hükmedilebilmesi mağdur açısından daha

³⁹⁶ Danıştay 10. Dairesi, 21.01.2004. E:2002/6052. K:2004/472, <http://www.danistay.gov.tr>, (04.11.2010).

³⁹⁷ GÖZLER, C.II, s. 1369 vd.

tatmin edici olabilecek, idare de istediğini seçme yetkisine sahip olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu çözümün uygulaması Danıştay ve Türk İdari Yargılaması'nda, bu konudaki katı bakış açısı nedeniyle, kolay olmayacaktır.

2. İdare Sorumlu Olduğundan Daha Fazlasına Mahkûm Edilemez

İdare verdiği zarardan dolayı zararın tamamını karşılamaya mahkûm edilmelidir. Ancak, ne kadar zarar vermişlerse o kadar tazminat ödemeye mahkûm edilebilirler. İdare zarar vermemişse bir zarardan da sorumlu tutulamaz. Bu ilkeye göre, ortada bir “zarar” bulunmuyorsa, zarar ile idarenin eylem veya işlemi arasında illiyet bağı yoksa veya kendisinden tazminat talep edilen kişi zarar veren kamu tüzel kişisi değilse, mahkeme tazminata hükmedemez. Bu ilke, “kamu düzeni”ne ilişkin bir ilkedir. Dolayısıyla hâkim bu hususların varlığını re'sen dikkate alır. İdare sorumlu olmadığı halde sorumlu olduğunu kabul etse bile hâkim idareyi tazminat ödemeye mahkûm edemez. Aynı şekilde, idare ile zarar gören kişi arasındaki uzlaşma sonucu idarenin üstünde onun sorumlu olduğundan daha fazla bir miktar üzerinden anlaşılmış ise, hâkim tarafların uzlaşmasını dikkate almaksızın karar vermelidir.³⁹⁸

3. İstenilenden Fazlasına Hükmedilemez (İstemle Bağlılık Kuralı)

Davacının istemi, tazminat miktarının hesaplanmasına temel oluşturur. Yani, davacının zararı için mahkemece takdir edilecek tazminat hiçbir zaman onun talep ettiği miktardan fazla olamaz. Mahkemenin, tarafların iddia ve savunmaları dışında, istemi aşan bir karar verememesi hem usul hukuku kuralları gereğidir hem de, tarafsız mahkemenin davacı ve davalı arasındaki dengeyi koruma zorunluluğunun bir sonucudur. Zararı tespit için yapılan bilirkişi incelemesinde belirlenen miktar davacının talebini aşsa bile idari yargı yeri istemle bağlı olduğundan, talebi aşan miktara hükmedemez.³⁹⁹

³⁹⁸ GÖZLER, C.II, s. 1370–1371.

³⁹⁹ YENİCE/ESİN, s. 109.

Danıştay, görevsiz yargı yerine başvurulurken dilekçede belirtilen tazminat miktarının görevsizlik kararından sonra görevli idari yargı yerine başvurulurken arttırılamayacağına karar vermektedir.⁴⁰⁰

İstemle bağıllık kuralının bir sonucu da, istenen tazminat miktarının dava dilekçesinde belirtilmesinin zorunlu olmasıdır. Nitekim İYUK m.3'te; “...*tam yargı davalarında uyumsuzluk konusu miktar*”ın dilekçede belirtilmesi gerektiği ifade edilmiş, 15. maddesinde ise dava dilekçesinin 3. maddeye aykırı olması halinde dilekçenin reddine karar verileceği hükme bağlanmıştır.

B. ZARARIN VE TAZMİNATIN HESAPLANMASI

Zarar gören kişi mahkeme önünde idarenin sorumluluk şartlarının gerçekleştiğini kanıtlamış ise mahkeme idarenin sorumlu olduğu kanaatine varır. Bundan sonraki aşama zararın ve tazminat miktarının hesaplanmasıdır.

1. Gerçek Zararın Tazmin Edilmesi

Zarar gören lehine karar verilen tazminat tutarı(isteğe bağlı kalınmak şartıyla), zarar görenin uğradığı “zararın tamamını” karşılamalıdır.⁴⁰¹ Burada önemli olan, tazminatın ne zarardan az, ne de fazla olmamasıdır. Manevi tazminatta ise, tazminat hissedilen acı ve ıstıraba oranla çok az olmayacağı gibi, çok fazla da olamaz. Çünkü manevi zarar ruhsal bir acı ve ıstırap olduğuna göre, tazminatın bu acı ve ıstırapı kaldıracak derecede olması gerekli ise de, mağdura çok büyük bir meblağ verilmesi de, felaketi arzulayan bir durum yaratacağı ve bir sebepsiz zenginleşme oluşturacağı için bu durumdan da sakınılmalıdır.⁴⁰²

Sonuç olarak manevi zararı hâkim takdir eder. Çekilen manevi acının veya duyulan üzüntünün fiyatının objektif olarak belirlenmesi mümkün değildir. Bunu hâkimin takdir etmesi gerekir.⁴⁰³ Hâkim, olayın özelliği, yapılan saldırının niteliği,

⁴⁰⁰ Danıştay 10.Dairesi 18.06.1998, E:1996/10203, K:1998/2643, (Yayınlanmamış Karar).

⁴⁰¹ GÖZLER, C.II, s. 1378.

⁴⁰² FRANKO, s. 147.

⁴⁰³ GÖZLER, C.II, s. 1394.

mağdurun kişisel durumu ve özellikleri, duyulan fiziksel ve/veya manevi acı, elem ve üzüntüyü göz önünde bulundurarak tazminatın miktarını belirleyecektir.⁴⁰⁴

Gerçekten, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde somut verilere dayanılması mümkün olmamakla birlikte, bazı objektif kıstaslardan yararlanılması da gerekmektedir. Manevi tazminatın miktarı, hem mağdurun duyduğu acı ve üzüntünün bir nebze de olsa tatmin edilmesini sağlayacak, hem de zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmelidir.

Danıştay bir kararında, “*Manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır. Olay nedeniyle duyulan elem ve ıstırapı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ise de, tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir oranda olması gerekmektedir.*”⁴⁰⁵ demiştir.

Manevi tazminatta, “gerçek zarar”, halen gerçekleşmiş ve ileride gerçekleşecek manevi zararı içermelidir. Ancak, hem zararın miktarı, hem de rakam olarak tazminata çevrilmesi kesinlik arz edemeyen, ölçülemeyen, somutlaştırılmayan, zararın tümünü kapsayamayacak olan bir nitelik taşıdığından, hem zarar, hem de manevi tazminat miktarı hâkim tarafından “takdir” edilip, manevi zararı “kısmen telafi, tahfif, tatmin” etmek üzere hükmedilmektedir.⁴⁰⁶

Buna rağmen, manevi tazminat davalarında da, mahkeme, bir tarafta zarar görenin, diğer taraftan davalının durumunu “isabetli” bir şekilde ve “objektif ölçüler” içinde değerlendirmelidir.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, s. 167.

⁴⁰⁵ Danıştay 10. Dairesi, 20.03.2006, E:2003/630, K:2006/1981, <http://www.danistay.gov.tr> (05.11.2010).

⁴⁰⁶ GÜRAN, s. 157.

⁴⁰⁷ GÜRAN, s. 161.

2. Manevi Tazminat Miktarının Tespitinde Hâkim Tarafından Dikkate Alınacak Faktörler

Manevi tazminatın belirlenmesinde hâkim, her olayın tüm özelliklerini dikkate almak zorundadır. Manevi tazminatın niteliği gereği, hâkime bu hususta kesin ölçütler verilmemiştir. Ancak benzer olaylarda adaletin eşit dağıtılması için bazı genel ilkelere uyulması gerekir: Bunlardan birincisi, manevi tazminat miktarı, manevi zararları tamir etmek, mağduru tatmin etmek amacına uygun olarak tespit edilmelidir.⁴⁰⁸ İkinci olarak, mağdur tarafından duyulan acı ve ıstıraplarla takdir edilen manevi tazminat miktarı arasında adil bir oran olmalıdır. Üçüncü olarak, takdir edilen manevi tazminat, felaketi özlenir hale getiren ve mağdurun gereksiz yere zenginleşmesine yol açan miktarda olmamalıdır. Dördüncü olarak da, ülkenin sosyal, ekonomik ve ahlaki değer yargıları (örneğin adam başına düşen milli gelir, tecavüze uğrayan manevi varlığa toplumca verilen değer vs.) dikkate alınarak manevi tazminat miktarı belirlenmelidir.⁴⁰⁹

Manevi tazminat miktarında, öncelikle araştırılması gereken şey, kişisel varlıkların ihlalinin ağırlık derecesi yani yapılan tecavüzün türü, boyutu, şiddet derecesi ve devam süresi ile bunun mağdur üzerindeki fiziki ve psikolojik olumsuz etkileridir.⁴¹⁰

Kişilik haklarının ihlalinin ağırlığı, özellikle cismani nitelikte tecavüzlerde önem kazanır. Kişinin hayatını kaybettiği olaylarda ise, artık diğer faktörler, kusur ve ekonomik ilişkiler önemini kaybederler. Hâkim, bu gibi durumlarda uğranılan haksızlığın ağırlık derecesine göre, mağdurun manevi zararlarını onaracak bir meblağı bulmaya çalışmalıdır.⁴¹¹

Ayrıca mağdurun karar tarihine kadar duyduğu acı ve üzüntüler, uğradığı kişilik ve vücut değişikliği değil, mağdurun gelecekte de uğrayacağı manevi zararlar,

⁴⁰⁸ Danıştay 10. Dairesi, 18.03.2008, E:2007/8532, K:2008/1231, <http://www.danistay.gov.tr> (05.11.2010).

⁴⁰⁹ ERTAŞ, s. 88.

⁴¹⁰ FRANKO, s. 145–150.

⁴¹¹ ERTAŞ, s. 93–94.

zararın objektif ağırlığı tespit edilirken göz önünde bulundurulmalıdır. Koma hali, bilinç kaybı, akıl hastalığı ve yaş küçüklüğü sebebiyle, mağdurun uğradığı manevi zararları anlamayacak, idrak edemeyecek durumda olması, manevi tazminat talebinin reddini gerektirmez.⁴¹²

Mağdur uğradığı cismani ve ruhsal zararlar sonucu mesleğini hiç veya eskisi gibi yapamaz hale gelmişse bu manevi tazminat miktarının daha yüksek belirlenmesine yol açmalıdır.⁴¹³

Kişilerin cismani ve manevi bütünlüğü ve sağlığı, fakir-zengin ayrımı yapılmaksızın, herkes için aynı değerde olduğundan dolayı, mağdurun içinde bulunduğu kişisel ekonomik durumunun, manevi tazminatın miktarının belirlenmesi üzerinde doğrudan etkisi olmamalıdır.

Bununla birlikte, bir görüşe göre, cismani nitelikte manevi zararlarda, mağdurun ekonomik durumunun, Borçlar Kanunu 47. maddesi (TBK m. 56) gereği iki sebepten dolayı dikkate alınmasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir.⁴¹⁴ Birincisi Borçlar Kanunu 47. maddeye göre, hâkim “olayın özelliklerini (hususî halleri)” dikkate alarak manevi tazminata hükmedecektir. Olayın özellikleri içinde mağdurun ekonomik durumu da girmektedir. İkincisi Borçlar Kanunu 47. maddeye göre hâkim tarafından hükmedilecek manevi tazminat miktarı, adalete uygun olmalıdır. Burada adalete uygunluğun incelenmesi mağdurun ekonomik durumunun da dikkate alınmasını gerektirmektedir.⁴¹⁵ Manevi tazminat, mağdurun malvarlığını artırmak suretiyle; maruz kaldığı acı ve ıstırapı giderecek araçların elde edilmesini sağlar. Mağdur bu suretle lehine takdir olunan maddi araçlarla acı ve üzüntüsünü giderecek yollara başvurabilir. Bu nedenle, mağdurun maddi durumu göz önünde bulundurulmalı ve tazminat bu durum dikkate alınarak belirlenmelidir.⁴¹⁶

⁴¹² ERTAŞ, s. 88.

⁴¹³ ERTAŞ, s. 95–96.

⁴¹⁴ ERTAŞ, s. 97, FRANKO, s. 145.

⁴¹⁵ ERTAŞ, s. 97.

⁴¹⁶ FRANKO, s. 145.

Kanaatimce bu görüş kabul edilse dahi, yukarıda belirttiğimiz “Kişilerin cismani ve manevi bütünlüğü ve sağlığı, fakir-zengin ayrımı yapılmaksızın, herkes için aynı değerde olduğu” ilkesi esas alınarak, manevi tazminat miktarı belirlenirken sadece maddi durumu zayıf olanların bu halleri lehlerine olacak şekilde dikkate alınmalı, maddi durumları iyi olanların halleri ise, sırf bu nedenle manevi tazminatın daha az belirlenmesine neden olmamalıdır.

Hukukumuzda öğreti yoluyla benimsenen müterafik kusur ilkesine göre zararın doğumunda, artmasında veya engellenememesinde idare ile birlikte zarar görenin de (müterafik) davranışı etkili olmuşsa; idarenin sorumluluğu tamamen veya kısmen azalır.⁴¹⁷

Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde, sorumlunun kusur derecesinin dikkate alınması gerekmektedir ve bu zorunluluk iki nedene dayandırılmaktadır: Manevi tazminatın mağduru tatmin işlevi ve hakkaniyet. Sorumlunun kusur derecesi ne kadar ağır ise, yapmış olduğu fiilin üzerindeki olumsuz etkisi o kadar ağır olacaktır. Bu sebeple sorumlunun kusuru arttıkça, mağdurun tatmin edilme ihtiyacı o ölçüde artacaktır.⁴¹⁸

Özel hukukta failin ekonomik durumu da tazminatın belirlenmesinde dikkate alınır, failin tazminatla maddi sıkıntı ve darlığa düşmemesi gerektiği kabul edilir⁴¹⁹, ancak idarenin ekonomik durumunun manevi tazminat sorumluluğunda dikkate alınmaması gerekir. Çünkü bir hukuk devletinde idarenin ne kadar yüksek meblağlı olursa olsun verdiği zararı karşılaması gerekir. Ekonomik kriz ya da borç açığı bir hukuk devletinde kamu gücünü kullanan idarenin, eylem ve işlemleriyle verdiği zararın tazmininde, tazminat miktarının azalmasına veya ortadan kalkmasına neden olamaz.

Burada önemli olan idarenin kusurunun ağırlığıdır. Daha önce anlattığımız gibi idare hukukunda bazı hallerde idarenin sorumlu olması için zaten ağır kusur

⁴¹⁷ ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, ,s. 181, ÖZGÜLDÜR (Tam Yargı Davaları), s. 139.

⁴¹⁸ ERTAŞ, s. 100.

⁴¹⁹ ERTAŞ, s. 102.

aranmıştır. Olayda ağır kusur yoksa idarenin sorumlu olması da mümkün değildir. Bu durumlarda ağır kusur, sorumluluğun artırılması için değil varlığı için aranmaktadır. Ancak böyle bir şart yoksa idarenin kusurunun ağır olması sorumluluğunu artırır ve manevi tazminat miktarının daha yüksek belirlenmesine neden olur.

IV. MANEVİ TAZMİNATA FAİZ YÜRÜTÜLMESİ

Doktrinde, manevi tazminata faiz yürütülüp yürütülmeyeceği hususunda, manevi tazminatın maddi tazminattan farkının olmadığı, dava dilekçesinde talep edilmesi şartıyla manevi tazminata olay tarihinden itibaren faiz yürütüleceği kabul edilmektedir.⁴²⁰ Yargıtay kararlarında da, bu konuda talep olduğu takdirde manevi tazminata olay tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerektiğini kabul edilmektedir.⁴²¹

Manevi tazminata faiz yürütülüp yürütülmeyeceği konusunda İdari yargı kararlarında ise birlik yoktur. Danıştay daha önceki kararlarında, manevi tazminatın bir tatmin aracı olmasından dolayı, manevi tazminata faiz yürütülemeyeceğine hükmetmekteydi.⁴²²

Danıştay'ın ilgili kararlarında manevi tazminata faiz yürütmemesinin nedeni, zararı değerlendirme zamanıyla ilgili değil, manevi zarar ve manevi tazminatın niteliğiyle ilgiliydi. Bu durum da, idari yargıda kısmi dava açılması, ıslah, asıl davadan sonra faiz için ek dava açılması gibi imkânlar bulunmadığından zarara uğrayanlar için haksız sonuçlar doğurmaktaydı.⁴²³

Danıştay daha yakın tarihli kararlarında ise, “...Manevi tazminat, patrimonanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya

⁴²⁰ ORHUNÖZ, s. 59, GÜRSOY, s. 30.

⁴²¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 26.01.1987, e:1987/8288, k:1987/457, 9. Hukuk Dairesi, 20.02.1992, E:1992/13706, K:1992/1992, (Aktaran: KARAHASAN, s. 74).

⁴²² Danıştay 10. Dairesi 18.06.1998, E:1996/7336, K:1998/2700; Danıştay 5. Dairesi 06.12.1988, E.1988/3291, K.1988/2865; Danıştay 6. Dairesi 24.6.1993, E:1993/722, K:1993/2694, <http://www.danistay.gov.tr>, (08.11.2010).

⁴²³ KAPLAN, (Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi), s. 131.

yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Bunun sonucunda manevi zararın telafisi için hükmedilecek miktara, idareye başvuru tarihinden itibaren faiz yürütülmesi 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun gereğidir.” demek suretiyle manevi tazminata faiz yürütülebileceğine hükmetmektedir.⁴²⁴

Ayrıca belirtmek zorundayız ki, Mahkemece manevi tazminat üzerinden faize hükmedilebilmesi için, dava dilekçesinde faizin talep edilmiş olması gerekir.⁴²⁵ Dava dilekçesiyle değil de, ikinci dilekçede veya ek dilekçede faiz talep edilmesi ise, davanın genişletilmesi yasağı nedeniyle mümkün değildir.

AYİM ise 1972–1975 tarihinde kısa bir süre Danıştay kararlarının etkisi ile manevi tazminata faiz yürütülmesini reddetmiş ise de daha sonraları manevi tazminat taleplerine faiz yürütülebileceğini kabul etmiştir.⁴²⁶

Faizin başlangıç tarihi konusunda da Danıştay ve AYİM kararları arasında bir birlik bulunmamaktadır. Danıştay bazı kararlarında, “Manevi tazminatın yukarıda belirtilen özellikleri dikkate alındığında manevi zararın telafisi için hükmedilecek miktara idareye başvuru tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun uyarınca faiz yürütülmesini gerekli kılmaktadır.” demek suretiyle idareye başvuru tarihini⁴²⁷, bazı kararlarında olay tarihini, bazı kararlarda ise, “...Bu durum karşısında, dava konusu olayda manevi tazminatın koşulları bulunduğundan, davacının duyduğu elem ve sıkıntılarında dikkate alınması suretiyle uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, ... yerleşmiş yargısal içtihatlarla göre, tazminata dava tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesi gerekmektedir. ...” demek suretiyle davanın açıldığı tarihi⁴²⁸ esas

⁴²⁴ Danıştay 10. Dairesi 21.1.2004. E.2002/6052. K.2004/472, aynı yönde bkz. Danıştay 5. Dairesi 29.09.2004, E:2004/1224, K:2004/3364. <http://www.danistay.gov.tr>, (08.11.2010).

⁴²⁵ GÖZÜBÜYÜK/DİNÇER, s. 244.

⁴²⁶ AYİM 2. Dairesi, 30.03.1994, E: 1994/671, K:1994/637, AYİMD, S. 9, s. 661, KAPLAN, s. 134.

⁴²⁷ Danıştay 10.Dairesi, 25.03.2003, E.2002/4177, K.2003/1089 <http://www.danistay.gov.tr>, (08.11.2010).

⁴²⁸ Danıştay 6. Dairesi, 26.4.2000, E.1999/2643, K.2000/2469 <http://www.danistay.gov.tr>, (08.11.2010).

almaktadır. AYİM de, bazı kararlarında olay tarihinden itibaren⁴²⁹, bazı kararlarında ise karar tarihinden itibaren⁴³⁰ manevi tazminata faiz uygulanacağına hükmetmektedir.

Kanaatimce, tazminata hükmedilebilmesi için zararın doğmuş olması yeterli değildir. Ayrıca bu zararın talep edilmiş olması ve idarenin bu zararı ödemediği temerrüde düşmüş olması gerekir. Diğer bir deyişle, zarar görenin tazminat isteme iradesini ortaya koyması gerekir. Bu iradenin ortaya konulmasından sonra idarenin tazmin yükümlülüğü doğar. İşte, zararın talep edildiği tarihten itibaren idarenin tazmin yükümlülüğü doğacağından; başka bir anlatımla idarenin temerrüdü söz konusu olacağından, faize de bu tarihten itibaren hükmedilmesi gerekir. İdarenin tazmin yükümlülüğünün doğmadığı (temerrüde düşmediği) bir tarihte faize hükmedilmesi mümkün değildir. Zarar dava açılmak suretiyle talep edilebileceği gibi, dava açılmadan, idareye yapılacak bir başvuru ile de talep edilebilir. Bu nedenle, zarar gören tarafından dava açılmadan önce idareye bir başvuruda bulunmuş ise, başvuru tarihinden itibaren; böyle bir başvuru yoksa davanın açıldığı tarihten itibaren faize hükmetmek gerekmektedir. Zarar gören idareye başvururken faiz talep etmemiş olsa bile, açtığı davada başvuru tarihinden itibaren faiz hesaplanır. Çünkü faize hükmedebilmek için idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması yeterli olup, ayrıca idareye başvuru aşamasında faiz talep edilmesi şart değildir. Faiz talep edilmesi, dava aşamasına ilişkin bir şarttır.

Uygulanacak faizin oranı, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun uyarınca belirlenmektedir. Bu kanunun 1'inci maddesine göre, *“Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde on iki oranı üzerinden yapılır. Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir.”* Aynı kanunun 2'nci maddesinde, *“Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile*

⁴²⁹ AYİM 2. Dairesi, 08.01.2003, E:2000/554, K:2003/7, **AYİMD**, S. 18, 2. Kitap, s. 784.

⁴³⁰ AYİM 2. Dairesi, 15.03.1996, E:1994/949, K:1996/307, <http://www.msb.gov.tr/ayim>, (08.11.2010).

aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1 inci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur.” hükmü yer almaktadır. Bu hükümlere göre, idari yargıda hükmedilecek temerrüt faizinin oranı kural olarak yüzde on ikidir. Ancak Bakanlar Kurulunca kendisine tanınan yetki çerçevesinde kanuni faizin oranı indirilmiş veya artırılmışsa, temerrüt faizinin oranı da buna göre değişir.

V. MANEVİ TAZMİNATIN DEVRİ VE MİRASÇILARA İNTİKALİ

Kural olarak bütün alacakların devri mümkündür. Bu alacaklar sözleşmeden, haksız fiilden veya vasiyetten doğmuş olsalar da devir bakımından aralarında hiç bir fark yoktur. Ancak kanunen veya alacağın niteliği gereği devri mümkün olmayan bazı alacaklar vardır.⁴³¹ Manevi tazminat talebi de, korumayı amaçladığı kişilik haklarında olduğu gibi, genel olarak “kişiye sıkı bir biçimde bağlı” haklardandır. Bu nedenle, hakkın ileri sürülüp sürülemeyeceğine sadece hak sahibi bağımsızca ve sorumluluğu kendisi üstlenerek karar verecektir. Bu özelliği nedeni ile manevi tazminat talebi, sınırlı ehliyetli kişi tarafından da tek başına ileri sürülebilecektir. Manevi tazminat talebinin kişiye sıkı biçimde bağlı bir hak olmasının doğurduğu en önemli sonuç ise; manevi tazminat talep etme kararı uygulamaya konmadıkça yahut bu talep karşı tarafın bir borç tanınmasıyla ya da bir davayla hukuk alanında ortaya çıkmadıkça temlik edilemez, cebri icraya ve takasa konu olamaz ve miras yoluyla devredilemez. Böylece, bu talebi ileri sürme konusunda son söz hak sahibine bırakılmış ve manevi tazminat parasıyla “keyif ve acı çıkarma” hakkı mağdurun tekeline bırakılmıştır.⁴³²

Ancak eski Medeni Kanunda 4.5.1988 tarihli Kanunla, bu geleneksel anlayışta köklü bir değişiklik yapılmıştır. Burada dikkat edilirse “temlik” açısından arandığı “kabul” gereği, “intikal” açısından aranmamıştır. Bu metnin manevi tazminat isteminin mirasçılara geçmesi için, mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmasını aramamasının ne dereceye kadar doğru olduğu doktrinde çok tartışmalıdır

⁴³¹ SAYMEN, s. 217.

⁴³² SEROZAN, Rona, “Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali”, **Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu’na Armağan**, İstanbul: 1990, (279–289), s. 279.

ve yazarların büyük bir kısmı bu düzenlemeye karşı çıkıyorlardı.⁴³³ 2001 yılında değiştirilen Medeni Kanun m. 25/IV. fıkrasındaki, “*Manevi tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.*” hükmünde ise, manevi tazminat isteminin hayatta devir edilmesi ile mirasçılara geçmesinin şartları farklı olarak düzenlenmiştir. Manevi tazminat isteminin hayatta devir edilebilmesi için bunun karşı tarafça kabul edilmiş olması gerekir. Hâlbuki mirasçılara geçebilmesi için mirasbırakan, yani manevi tazminat talep hakkı olan kişi tarafından ileri sürülmüş olması şarttır. Bu ileri sürmenin muhakkak dava yoluyla olması gerekmez. “*Saldırıya uğrayan kişinin bunu ortaya koyan ve kanıtlanabilen hür iradesi*” de yeterlidir.⁴³⁴

Gerçekten de bir malın zarar görmesinden dolayı belirlenen maddi tazminatının mirasçılara geçebilmesine karşılık, kişiliğin zarar görmesinden dolayı belirlenen manevi tazminatının mirasçılara geçememesi, tedavi için yapılan hastane masraflarının maddi tazminatın kapsamından sayılıp intikale elverişli, ama yeniden yaşama zevki ve şevki bulabilmek için gidilen tatilin masraflarının manevi tazminatın kapsamından sayılıp intikale elverişsiz bulunması, kolay açıklanabilir, ikna edici bir ayrımcılık değildir.⁴³⁵

Manevi tazminat konusunda önemle belirtilmesi gereken nokta, mirasçılara, hak sahibi tarafından ileri sürülmedikçe miras yoluyla geçmeyen hak, mirasbırakanın bizzat kendisine ait olan manevi tazminat talep hakkıdır. Mirasbırakanın ölümü nedeniyle doğrudan mirasçılara ait olan manevi tazminat hakkı ise, miras yoluyla intikal etmeyen, ölüm sebebiyle onların şahsında doğan bir haktır. MK 25/IV’e göre, manevi tazminat talep hakkı sadece mirasçılara geçerken; hak sahibine miras yoluyla geçmeyen, onun ölümü sebebiyle şahsında doğan manevi tazminat talebi için, ölenin

⁴³³ DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan, **Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku**, C.II, 7. Bası, İstanbul: Filiz Yayınları 2004, s. 151.

⁴³⁴ Gerekçe, 338.

⁴³⁵ SEROZAN, s. 282.

mirasçısı olmak şart değildir. Sadece ölüm sebebiyle acı duyacak kadar ölenin yakını olmak yeterlidir.⁴³⁶

Manevi tazminat borcunun, borçlunun mirasçılara geçmesine ise hiçbir engel yoktur.⁴³⁷

VI. MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNİN BÖLÜNMESİ VE TALEBİN ARTIRILMASI

İYUK m.31'in HUMK'a atıf yaptığı hükümler arasında, kısmi dava(HMK m.109) (fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması) ve ıslah kurumları(HMK 176 vd) bulunmamaktadır. Bu sebeple idari yargılamada ıslah ve kısmi dava hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir. Ayrıca, İYUK m.3/d bendinde, tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde belirtilmesi zorunluluğu getirildiğinden, bu hüküm nedeni ile idari yargıda tam yargı davası açan davacı, uğramış olduğu zararın tamamının tazminini dava dilekçesinde istemelidir. Davacının fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak uğramış olduğu zararın bir kısmını talep etmesi durumunda, kalan kısım için, gerek idari işlemlerden doğan zararlar için söz konusu olan 60 günlük süre ve gerekse idari eylemlerden doğan zararlar için söz konusu olan davalı idareye başvurarak alınması gereken 1 yıllık ön karar süresi çoktan geçirilmiş olacağından bu kısım için dava ve talep hakkı söz konusu olamayacaktır. Bu durumda idarenin işlem ve eyleminden zarar gören kimse, bu zararının tamamını davalı idareye tazmin ettiremeyecektir.⁴³⁸

Kısaca, idari yargıda manevi tazminat davalarında da diğer idari davalarda olduğu gibi kısmi dava veya talep edilen manevi tazminat miktarının artırılmasını

⁴³⁶ DURAL/ÖĞÜZ, s. 152.

⁴³⁷ KARAHASAN, C.II, s. 70.

⁴³⁸ BİRTEK, Fatih, "Tam Yargı Davalarında Fazlaya İlişkin Hakların Saklı Tutulması ve Anayasa Mahkemesi'nin 12.06.2008 tarihli kararı", <http://www.adalet.org/makale>, (10.11.2010).

sağlayan ıslah kurumu kabul edilmediğinden, dava açarken tazminat miktarının belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.⁴³⁹

AYİM de bir kararında, gerek maddi gerekse manevi tazminat davalarında, *“İdari yargıda, idari eylem veya işlemlerden doğan zararın tazmininin ancak süresi içinde açılacak davalar yoluyla istenebileceği, fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak süresi geçirildikten sonra yeniden tam yargı davası açılmasına imkan bulunmadığına”* karar vermiştir.⁴⁴⁰ Danıştay da *“İdari Yargılama Usulünde, ilgililerin fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak tam yargı davası açabilmelerine olanak tanınma...”*dığı görüşündedir.

Belirtmek gerekir ki, HMK'nın yürürlüğe girmesiyle idari eylem ve işlemlerden doğan davalara adli mahkemelerde bakılacağından, idareye karşı açılacak manevi tazminat davalarında da ıslah hükümleri uygulanabilecektir. Ancak, bu durumda, manevi tazminat davalarının kısmi dava olarak açılabilmesi yine de mümkün olamayacaktır. Zira her ne kadar idari yargıda hiçbir dava türünde kısmi dava ve talebin artırılması kabul edilmiyor ise de, özel hukukta da manevi tazminat davasının kısmi dava olarak açılmayacağı, ıslah yolu ile de istemin arttırılmayacağı benimsenmektedir. Buna göre, manevi tazminat bir bütündür. Duyulan acı ve üzüntünün karşılığı dava yolu ile belirlenip, karşı tarafa bildirildikten sonra arttırılması veya yeni bir dava açılarak istenmesi mümkün değildir. Çünkü manevi tazminatın takdirinde hâkime çok geniş takdir yetkisi verilmiştir. Hâkimin takdir yetkisi bölünemez.⁴⁴¹

⁴³⁹ Bkz. ÜNLÜÇAY, Mehmet, “İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu”, **Danıştay Dergisi**, Y.28, S. 94, 1998, (3–10) s. 7–9, Yazar burada enflasyon olgusu nedeniyle, bu yasakların uygulanmasının yanlışlığını savunmaktadır.

⁴⁴⁰ AYİM 2. Dairesi, 29.09.1993, E:1993/408, K:1993/398, <http://www.msb.gov.tr/ayim>, (10.11.2010).

⁴⁴¹ KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Altıncı Baskı, C.II, Ankara, 2001, s. 1528.

VII. İDARE ALEYHİNE AÇILACAK DAVA VE YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

Hukuk Devleti ilkesi ve idarenin yargısal denetimi bakımından çok önemli işlev taşıyan ve “her derde deva” olduğu belirtilen iptal davalarının önemini inkar etmemekle beraber, tazminat davası kimliğindeki tam yargı davaları da idarenin işlem ve eylemleri karşısında, sağladığı ve sağlayacağı korunma bakımından iptal davaları ile aynı derecede “her derde deva” davalarıdır.⁴⁴² İdarenin hukuki sorumluluğunun amacı, toplum içerisinde hak ihlallerinden dolayı bozulan sosyal ve ekonomik dengenin kurulması, böylece toplumsal dayanışmanın gerçekleştirilmesidir. İdarenin sorumlu olduğu hak ihlalleri giderilmeden de bu amaca ulaşılması mümkün değildir.⁴⁴³

“Tam Yargı Davası” ifadesi, ilk kez 521 sayılı Danıştay Kanunu’nda açıkça yer almıştır. Önceki düzenlemede, “Tam Yargı Davası” ifadesine açıkça yer almamakla beraber, kanunda yer alan “*idari fiil ve kararlar yüzünden hakkı muhtel olanların açacakları davalar*” ifadesi ile üstü kapalı olarak tam yargı davasına yer verildiği, hem öğreti hem de Danıştay içtihatları ile kabul edilmiştir.⁴⁴⁴

Tam yargı davaları, kişilerin hukuki durumlarında ortaya çıkan her türlü ihlalin giderilmesini amaçlar. Bu özelliklerinden dolayı özel hukuktaki eda davalarına benzerler. Tam yargı davalarında, idare mahkemesi uyuşmazlığa neden olan eylem, işlem veya sözleşmeyi değerlendirip, bu olayın kişinin subjektif hukuki durumuyla ilişkisini saptadıktan sonra, ihlalin giderilmesine karar verir.⁴⁴⁵ Bu bakımdan; tam yargı davalarının, Borçlar Hukukundaki haksız fiilden kaynaklanan

⁴⁴² AYANOĞLU, Taner, “Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, **Danıştay 2003 Yılı İdari Yargı Sempozyumu**, <http://www.danistay.gov.tr>, (10.11.2010).

⁴⁴³ ÜNLÜÇAY, s. 3.

⁴⁴⁴ DAL, Erdal/DEMİR, Uğur Y., “İdari Yargıda Tazminat Türleri”, **Hukuk Gündemi Dergisi**, Y.1, S. 4, Ekim 2006, s. 61.

⁴⁴⁵ YENİCE/ESİN, s. 72.

tazminat davaları ile sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan istirdat davalarından farkı yoktur. Fark, sadece, sorumluluğun tabi olduğu hukuk dalındadır.⁴⁴⁶

Tam yargı davaları ile idari dava türlerinden biri olan iptal davaları arasındaki başlıca farklılık; tam yargı davasının sübjektif, iptal davasının ise objektif niteliği ağır basan davalar olarak karşımıza çıkmasıdır. Tam yargı davasında incelenen; davacının sübjektif kişisel hakkının bir idari eylem ya da işlem nedeniyle zarara uğrayıp uğramadığı⁴⁴⁷ iken iptal davalarında incelenen işlemin objektif olarak bir hukuk kuralına aykırı olup olmadığıdır.

Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip kişiler, tam yargı davası da açabilirler.⁴⁴⁸ Dikkat edilmesi gereken nokta, tam yargı davasının iptal davasına ya da iptal davasının sonucuna bağlı olmayan apayrı bir idari dava türü olduğudur. Yani iptal davası açmış ya da açmamış olmak yahut iptal davası açmış ve kazanmış olmak tam yargı davasının açılabilmesi için bir ön koşul değildir.

İdari işlemlere karşı açılacak tam yargı davalarında, ortada bir “ön karar” alınmasını gerektirmeyen bir idari işlem bulunduğundan, idari işlemde zarar görenlerin doğrudan doğruya dava açma hakları vardır.⁴⁴⁹ İdari eylemlere karşı tam yargı davası açılması halinde farklı bir düzenleme vardır. Buna göre de idari eylemlerden dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından tazminat davası açılabilmesi için idareye başvurmaları zorunludur. “Ön karar” olarak adlandırılan bu başvuru zorunlu idari başvurulardandır.⁴⁵⁰ İdari eylemlere karşı açılacak tazminat davalarında idareye başvurmadan dava açılmış ise, dava “idari merci tecavüzü” nedeniyle “merciine tevdi” edilecektir. (İYUK m.12–13).

⁴⁴⁶ CANDAN, s. 157.

⁴⁴⁷ YENİCE/ESİN, s. 72.

⁴⁴⁸ DAL/DEMİR, s. 63.

⁴⁴⁹ DAL/DEMİR, s. 63–64.

⁴⁵⁰ YILDIRIM, Ramazan, **İdari Başvurular**, 2. Baskı, Konya, 2006, s. 98.

İdari yargıda sözlü olarak dava açma usulü bulunmadığından, idari davaların; Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle açılması gerekmektedir.⁴⁵¹

Kural olarak, dava açma süresi, başkaca bir düzenleme öngörülmedikçe 60 gün olarak belirlenmiştir. (İYUK m.7) Süre bakımından farklılık olmamasına rağmen, değişik nedenlere bağlı olarak açılan tam yargı davalarında, dava açma süresinin başlangıcı değişebilmektedir.

Tam yargı davalarında genel görevli yargı yeri, idare mahkemesidir. Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve vergi mahkemeleri, tam yargı davalarında özel görevli mahkemelerdir. Aslında bu, kanunen Danıştay'da ya da Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde açılacağı belirtilmemiş tüm davalar yönünden kuraldır.⁴⁵²

İdari yargıda yetki kamu düzenindedir, yani taraflar anlaşma yoluyla yetkili mahkemeyi belirleyemeyecekleri gibi, taraflarca ileri sürülmesine de yetki, mahkemece davanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınması gereken bir husustur.⁴⁵³

İYUK madde 36'da, İdari sözleşmelerden doğanlar dışında kalan tam yargı davalarında yetkili mahkemeler belirtilmiştir. Bunlar; zararı doğuran idari uyuşmazlığı çözümlenmeye yetkili, zarar, bayındırlık ve ulaştırma gibi bir hizmetten veya idarenin herhangi bir eyleminden doğmuş ise, hizmetin görüldüğü veya eylemin yapıldığı yer, diğer hallerde davacının ikametgâhının bulunduğu yer idare mahkemesidir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, İYUK'un 36. maddesi, idari sözleşmelerden doğan tam yargı davalarını madde kapsamı dışında tutmuştur. Buna göre idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkacak tazminat uyuşmazlıklarında, genel

⁴⁵¹ TOPUZ/ÖZKAYA, s. 120.

⁴⁵² DAL/DEMİR, s. 62.

⁴⁵³ YENİCE/ESİN, s. 627.

olarak kanunun 32. maddesindeki, özel olarak da 33, 34 ve 35. maddelerdeki yetki kurallarının uygulanması gerekecektir.⁴⁵⁴ Bundan dolayı, idari sözleşmelerden doğan tazminat davalarında yetkili idare mahkemesi sözleşmeyi yapan idarenin bulunduğu yer idare mahkemesidir.

Ancak, belirtmek gerekir ki bu hükümler, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe gireceği 01.10.2011 tarihinden itibaren değişecektir. Çünkü HMK'nın 3. maddesinde, *“Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır.”* hükmü yer almaktadır. Bu nedenle, kanun yürürlüğe girdikten sonra açılacak idari eylem ve işlemlerden ya da idarenin kusursuz sorumluluğundan doğan, vücut bütünlüğün ihlali ve ölüm nedeniyle istenecek manevi tazminat davaları da asliye hukuk mahkemelerinde görülecektir. Kanunda kişilik haklarının ihlalinin doğan davaların sayılmaması ve Borçlar Kanunu'nun manevi tazminat taleplerini ölüm, vücut bütünlüğünün ihlali, kişilik haklarının ihlali olarak üç ayrı başlık altında inlemesi birlikte değerlendirdiğinde, kanunun kasten kişilik haklarının ihlalinin doğan maddi ve manevi tazminat davalarını asliye hukuk mahkemesinin görevi dışında bıraktığı sonucuna varılacaktır. Şu halde, kişilik haklarının ihlali hallerinde istenecek manevi tazminat davalarına 01.10.2011 tarihinden sonra da idare mahkemelerinde bakılması gerekecektir. Bu durumda, hayat ve vücut bütünlüğü halleri de kişilik hakları içinde değerlendirilen haklar olduğundan söz konusu ayırım bilimsel temellere dayanmadığı gibi, somut olayda hem vücut bütünlüğünün ihlali hem diğer kişilik haklarının ihlali varsa görevli ve yetkili yargı yerinin belirlenmesinde birçok uyuşmazlık meydana gelebilecektir.

⁴⁵⁴ YENİCE/ESİN, s. 671.

HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra açılacak idari eylem ve işlemlerden doğan manevi tazminat davalarında yetkili mahkeme de HMK'nın yetki kurallarına göre belirlenecektir.

VIII. MANEVİ TAZMİNAT İLAMLARININ YERİNE GETİRİLMESİ

Ceza mahkemeleri kararlarının infazı ile hukuk mahkemesi kararlarının uygulanması özel yasalarla ayrıntılı olarak düzenlenmesine karşın idari yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin olarak, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında yer alan "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." genel hükmü dışında, yalnızca 2577 sayılı İYUK'un 28. maddesinde bir düzenleme vardır.⁴⁵⁵

İYUK madde 28'in tazminat davaları ile ilgili olan düzenlemesi şöyledir:

"Tam yargı davaları hakkındaki kararlardan belli bir miktarı içerenler genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur. ...

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...

Tazminat ve vergi davalarında kararın idareye tebliğinden itibaren infazın gecikmesi sebebiyle idarece kanuni gecikme faizi ödenir."

Kanundaki ifadeye göre, genel hükümler dairesinde yapılması gereken infaz ve icra, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre icra dairelerince yürütülen infaz ve icradır. Şüphesiz ki bu madde, ilgilinin genel hükümlere başvurmadan önce, borçlu idareye başvurarak, idari yargı kararında belirlenen tazminatın kendisine ödenmesini, hakkın yerine getirilmesini istemesine engel değildir. Bu istek, kararların infazı için aranan 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde yapılabilir.⁴⁵⁶ Manevi tazminat davası ile verilen karar, idare tarafından kendiliğinden veya başvuru üzerine yerine

⁴⁵⁵ YET, Orhun, "İdari Yargının Etkinliğine İlişkin Sorunlar", 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara, 11-12 Mayıs 2000, (81-88), s. 88.

⁴⁵⁶ CANDAN, s. 669.

getirilmezse, ilgilinin icra dairesine başvurması gerekir. İcra dairesi, idareye karşı, haciz yolu dışında kalan diğer yolları uygular. Haciz yolu ise, istisnai olarak bazı kamu kuruluşlarının haczedilen mallarına uygulanabilir.⁴⁵⁷

Tazminat davalarında hüküm altına alınan tazminatın gecikerek ödenmesi halinde, idare kanuni gecikme faizi ödemek zorundadır. Gecikme faizi, kararın infazı sırasında idarece, kendiliğinden hesaplanarak ilgiliye ödenmelidir. Bununla beraber, idarenin bu ödemeyi yapmaması da mümkündür. Bu durumda, gecikme faizinin açılacak idari dava ile istenilmesi gerekmektedir. Dava, geç infaz edilen kararı veren idari yargı yerinin görevine girer. Gecikme faizi istemiyle açılacak idari dava, gerçekte bir tazminat davasıdır.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ GÖZÜBÜYÜK, (Yönetmelik) s. 335.

⁴⁵⁸ CANDAN, s. 664, 666.

SONUÇ

Günümüzdeki, teknik ve bilimsel gelişmeler, kişilerin haklarını genişlettiği gibi, bu hakların daha kolay ihlal edilebilmesine de yol açmıştır. Bu nedenle, maddi malvarlığının veya bundaki gerçekleşmesi kesin olan artışın azalması gibi sebeplerle oluşan maddi zararların giderilmesi maddi tazminatla mümkünken, kişilerin ölüm ve cismani zarar ya da kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmelerin, bu nedenlerle hissedilen acı ve elemin giderilmesi ve karşılanması ise manevi tazminatla mümkün olacaktır.

Manevi tazminatın hukuki niteliği uzun yıllar boyu tartışılmış olmakla beraber, gerek Yargıtay, gerek Danıştay, gerek AYİM, gerekse yazarlarımızın çoğunluğunca kabul edildiği gibi kanaatimce, manevi tazminatın amacı kişilik haklarına saldırı nedeniyle duyulan acı, ıstırap ve elemin telafi ve tatmin edilmesidir. Her ne kadar bazen çok büyük miktarda takdir edilip failin bir nevi cezalandırılması söz konusu olsa, bazen de az miktarda belirlenip, hukuka aykırılığın tespiti ile yetinilse dahi, asıl amaç mağdurun tatmin edilmesi, uğradığı haksızlığın tespit edildikten sonra takdir edilen bir miktar paranın sağladığı sevinç ile acı ve elemin hafifletilmesidir.

Hukuk devleti ilkesinin zamanla gelişmesi ile devletin de, kendi koyduğu kurallara uyması gerektiği sonucuna varılmış, daha ilerleyen zamanlarda da, idarenin de diğer özel hukuk kişilerinden sorumluluk bakımından farklı olamayacağı ve kendi fiilleri ile verdiği zararları tazmin etmesi gerektiği kabul edilmiştir. Daha sonraları ise bu zararların tazmini bakımından maddi ve manevi tazminat ayrımının olmayacağı, idarenin ikisinden de sorumlu olacağı, uzun bir gelişim süreci sonucunda yerleşmiş bir düşünce haline gelmiştir.

İdarenin sorumluluğunda, özellikle manevi tazminat sorumluluğunda da, özel hukuktaki gibi kural, idarenin kusurlu sorumluluğudur. Yani idare, meydana gelen manevi zarardan, eğer bir kusuru varsa sorumludur, yoksa sorumlu tutulamayacaktır. Ancak, idarenin kusuru idare hukukuna özgü hizmet kusuru kavramına dönüşür ve özel hukuktan farklı şartlar aranır. Hizmet kusuru, hizmetin bünyesinde bulunan

aksaklık ve bozuklukları ifade eder. Hizmet kusuru, asli bir sorumluluk sebebidir, hizmeti yerine getiren kişilerin sorumluluğundan sonra başvurulmasına gerek yoktur, kişiler bizatihi ve öncelikle idareden tazmin talebinde bulunabilirler. Hizmet kusuru objektiftir, kusur hizmetin bünyesinde kaynaşmış ve gizlenmiştir, kimin fiiliyle ortaya çıktığının –bu kişi tamamen idareye yabancı bir kişi olmadıkça– bir önemi yoktur. Hizmet kusuru, idarelerce gerçekleştirilen tüm hizmet türlerine uygulanabilir bir kavramdır ve olayın ve hizmetin özelliklerine göre değişen esnek bir kavramdır. Hizmet kusuru, çokça ifade edildiği gibi, hizmetin geç işlemesi, kötü işlemesi ve hiç işlememesi şekillerinde görülebilir. Ancak bu ayırım, somut olayda kusurun hangi nedenden kaynaklandığını çok net bir şekilde ortaya koyabilecek bir ölçüt değildir. Çünkü itfaiyenin bir yangına geç gelmesi, hizmetin geç işlemesi olabileceği gibi, artık her şey bittikten sonra gelmesi hem hizmetin geç işlemesi hem de hizmetin hiç işlememesi durumlarına da girebilir. Bu nedenle, söz konusu ayırım; olayda, kusurun hangi duruma girdiğini belirlemekten çok, bu durumlardan bir veya birkaçının olduğu hallerde hizmet kusuru vardır diyebilmek için önem arz etmektedir.

Özel hukukta olduğu gibi, idare hukukunda, idare de, istisnai hallerde kusur olmasa da sorumlu tutulabilmektedir. Bu kusursuz sorumluluk hallerinde iki ilke karşımıza çıkmaktadır. İlki risk ilkesidir ki, idarenin hizmetleri sırasında kullandığı tehlikeli araçlar ve yöntemlerden, kimi kamu hizmetlerini yerine getirenlerin o hizmetin özelliğinden dolayı mesleki bir takım risklere açık olmasından idarenin kusuru olmasa dahi sorumlu tutulmasına yol açar. Bu ilkenin içine dahil edilen ve Danıştay içtihatları ve doktrince geliştirilen sosyal risk ilkesi ise, tabii afetler, toplumun içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulların ortaya çıkardığı kitle hareketleri ve bunlardan doğan saldırıların yol açtığı zararlarla savaşlarda sivil halkın uğradığı zararların kusursuz olan kişiler üzerinde bırakılmasının hakça bir davranış olmayacağı düşüncesi ile ortaya çıkmıştır. Sosyal risk ilkesinde, idare, kusuru olmasa dahi görevine giren güvenlik hizmetini yerine getirememiş ve bazı kişiler olağanüstü zararlar görmüştür. Danıştay ve bazı yazarlarca, sosyal risk ilkesinden illiyet bağı aranmayan kusursuz sorumluluk hali olarak söz edilmektedir. Sosyal risk sorumluluğunda idare kendi eyleminden değil, başkasının eyleminden sorumlu tutulmaktadır. İdarenin herhangi bir eylemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla idare ile

manevi zarar arasında illiyet bağı kurmaya çalışmak anlamsızdır. Ancak, illiyet bağının idarenin eylemi ile zarar arasında değil, terör olayı ile zarar arasında bulunması gerekir. Sosyal risk ilkesinin illiyet bağı aranmayan kusursuz sorumluluk ilkesi olduğunu söylemek hukuk tekniğine uymayan bir yaklaşımdır. Ayrıca, sosyal risk ilkesi uyarınca idareyi sorumlu tutmanın Anayasal ve kanuni bir dayanağı da bulunmamaktadır. Zira Anayasanın 125'inci maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Hükmün aksi ile yorumundan, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanmayan zararlardan sorumlu olmayacağı sonucuna varılmaktadır.

İdarenin manevi zarardan dolayı sorumlu olması için aranması gereken şartlar şunlardır: Öncelikle idarenin yaptığı, idareye atfedilebilir olan bir eylem veya işlem olmalıdır. İdari işlemler, hukuk âleminde değişiklik ve yenilik yaratan iradeler olduğu halde; eylemler, fizik alanında görülen iş, hareket, ameliye ve çalışmalardır. Zarara neden olan faaliyetin işlem mi eylem mi olması en çok açılacak davada süre ve başvuru şartları bakımından önemlidir.

İkinci şart, ortada tazmini gereken, kesin, gerçekleşmiş, hukuken korunan bir menfaate yönelik, parayla ölçülebilir, özel ve anormal bir zarar bulunmasıdır. Bunun dışında, manevi tazminata, ölüm, cismani zarar ve kişilik haklarına saldırı hallerinde hükmedilecektir.

Üçüncü şart, zarar verici işlem ve eyleminin hukuka aykırı olmasıdır. Hukuka aykırı davranış, yasaklayan veya böyle bir sonucu önlemek amacı ile belirli bir davranışı emreden bir hukuk normuna (kuralına) aykırı davranıştır. Eğer idare faaliyetini kanunlar ve hukuk çerçevesinde ve kanuna uygun olarak yerine getirdiyse onu sorumlu tutmanın imkânı yoktur. İdari yargıda hukuka aykırılık ile kusur arasındaki ilişki tartışmalı olmaktadır. Kanaatimce, idari eylemler alanında bu iki şart arasında bir bağ yoktur. Ancak idari işlemler alanında hukuka aykırı davranış kusurludur ve eğer işlem hukuka uygun ise kusur da yoktur. Burada, Danıştay'ın hukuka aykırılıkta "her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikli yanlışlık ve hukuka aykırılıklar"ın sorumluluk doğurmayacağı içtihadı ise, muğlâk olması, hukuka aykırılığı kabul edilmiş ve hukuk âleminde iptal edilerek kaldırılmış bir

işlemin verdiği zararın, tazmin edilmemesini açıklayacak bir kural olmaması nedeniyle yerinde değildir.

Dördüncü şart, idarenin hukuka aykırı eyleminin kusurlu olmasıdır. İdarenin manevi tazminat sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, olayda idare hukuku alanında aranan hizmet kusurunun bulunması gereklidir.

Beşinci ve son şart ise; hukuka aykırı ve kusurlu eylem veya işlemle, yukarıdaki şartları taşıyan manevi zarar arasında illiyet bağının bulunmasıdır. İlliyet bağı, eylem ile zarar arasında sebep sonuç ilişkisidir. Yani zarara idarenin eylem veya işleminin sebep olması gerekir. İlliyet bağı konusunda çeşitli görüşler bulunsa da, söz konusu haksız fiilin, objektif olasılığa ve genel hayat tecrübesi, olayların normal akışına göre böyle bir zarara sebep olabilmesi halinde illiyet bağının olduğunu öngören uygun nedensellik bağının kabulü yerinde olacaktır. Ayrıca, eğer olayda mücbir sebep veya üçüncü kişinin kusuru varsa, idarenin eylem ve işlemi ile manevi zarar arasındaki illiyet bağı kesileceğinden idareyi sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Ancak, burada önemli bir nokta da, beklenmeyen hal ve zarar görenin davranışının idarenin sorumluluğunu tamamen kaldırması için, illiyet bağı tamamen kesmesi gerektiğidir. İlliyet bağı tamamen ortadan kalkmıyor, zararın artması veya ağırlaşmasına yol açıyorsa, idarenin sorumluluğu kusuru ölçüsünde devam edecektir.

Manevi tazminat şartları oluşuktan ve idarenin manevi zarardan sorumlu olduğu sonucuna varıldıktan sonra, bakılacak husus, tazminat talep edenin bu hakkı bulunup bulunmadığıdır. Bu konuda, evvela, zararlı sonucun yönelik olduğu, doğrudan zarar gören şahsın manevi tazminat talep edebileceği muhakkaktır. Bunun dışında, ölüm halinde ölen kişinin hak ehliyeti sona erdiğine göre, ancak ölenin yakınları, ölenin mirasçısı sıfatıyla değil, bizzat ölümden duydukları acı ve elemenden dolayı tazminat talep etme hakkına sahiptirler. Kişilik değerlerinin ihlalinde ise, sadece hakkı ihlal edilen şahıs tazminat talebinde bulunabilecektir. Ancak bunu da kesin bir kural olarak saymayıp, bu hallerde yakınlar da zarardan etkilenmişse tazminat isteyebileceğini kabul etmek daha doğru olacaktır.

Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde hâkim, her olayın tüm özelliklerini dikkate almak zorundadır. Manevi tazminatın niteliği gereği, hâkime bu hususta kesin ölçütler verilmemiştir. Manevi tazminat idare hukukunda bir miktar para olarak hükmedilmektedir.

Manevi tazminata faiz yürütülüp yürütülmeyeceği hususu tartışmalıdır. Danıştay ise, önceleri manevi tazminata faiz yürütülmeyeceği görüşünderken daha yakın verdiği kararlara göre manevi tazminata faiz yürütülmesinin mümkün olduğu görüşünü benimsemiştir. Faizin başlangıç tarihi konusunda da Danıştay kararlarında bir birlik bulunmamaktadır. Kanaatimce, tazminata hükmedilebilmesi için zararın doğmuş olması yeterli değildir. Ayrıca bu zararın talep edilmiş olması ve idarenin bu zararı ödemedede temerrüde düşmüş olması gerekir. Diğer bir deyişle, zarar görenin tazminat isteme iradesini ortaya koyması gerekir. Bu iradenin ortaya konulmasından sonra idarenin tazmin yükümlülüğü doğar. Zarar dava açılmak suretiyle talep edilebileceği gibi, dava açılmadan, idareye yapılacak bir başvuru ile de talep edilebilir. Bu nedenle, zarar gören tarafından dava açılmadan önce idareye bir başvuruda bulunulmuş ise, başvuru tarihinden itibaren; böyle bir başvuru yoksa davanın açıldığı tarihten itibaren faize hükmetmek gerekmektedir.

İdari eylem ve idari işlemlerden doğan manevi zararların tazmini istemiyle açılacak davaların görüm ve çözümü için idare mahkemelerinde dava açmak gerekmektedir. Manevi tazminat davaları, idari yargıda görülen tam yargı davalarının bir türüdür. Dava açma süresi idari yargıda kural olarak öğrenme tarihinden itibaren 60 gündür. Ancak idari eylemlere karşı dava açma usulü kanunumuzda farklı düzenlenmiş ve idareye zorunlu başvuru usulü getirilmiştir. Buna göre; idarenin eylemi ile zarar gören kişinin, fiil ve zararı öğrenmesinden itibaren bir yıl, her halde eylemden itibaren beş yıl içerisinde tazmin talebiyle idareye başvurması, idarenin talebini reddetmesi ve reddetmiş sayılması halinde 60 gün içerisinde idari yargı yerinde dava açması gerekmektedir.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 11.01.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin 2. fıkrasında, *"Bu kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile*

idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.” hükmü yer aldığından ve yine 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 12.01.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde kabul edilen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 3. maddesinde idari eylem ve işlemlerden ve idarenin diğer sorumluluk hallerinden doğan maddi ve manevi tazminat davalarının asliye hukuk mahkemelerinde görüleceği hüküm altına alındığından, 12.01.2011 tarihinde sonra açılacak idarenin eylem ve işlemlerinden doğan ve kişinin vücut bütünlüğünün ihlali ve ölüm halinde açılacak manevi tazminat davalarına asliye hukuk mahkemelerinde bakılacak, 01.07.2012 tarihinden sonraki bu nitelikteki davalarda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda da, idare hukukuna özgü idarenin manevi tazminat sorumluluğu için doğması gereken şartlar yerine, idarenin manevi tazminat sorumluluğunun doğup doğmadığı araştırılırken Borçlar Kanunu’ndaki manevi tazminat sorumluluğu için gereken şartların oluşup oluşmadığına bakılacaktır. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’da kişilik haklarının ihlalinden doğan davaların sayılmaması ve Borçlar Kanunu’nun manevi tazminat taleplerini ölüm, vücut bütünlüğünün ihlali, kişilik haklarının ihlali olarak üç ayrı başlık altında inlemesi birlikte değerlendirdiğinde, kanunun kasten kişilik haklarının ihlalinden doğan maddi ve manevi tazminat davalarını asliye hukuk mahkemesinin görevi dışında bıraktığı sonucuna varılacaktır. Şu halde, kişilik haklarının ihlali hallerinde istenecek manevi tazminat davalarına 01.10.2011 tarihinden sonra da idare mahkemelerinde bakılması gerekecektir. Bu durumda, hayat ve vücut bütünlüğü halleri de kişilik hakları içinde değerlendirilen haklar olduğundan söz konusu ayırım bilimsel temellere dayanmadığı gibi, somut olayda hem vücut bütünlüğünün ihlali hem diğer kişilik haklarının ihlali varsa görevli ve yetkili yargı yerinin belirlenmesinde birçok uyuşmazlık meydana gelebilecektir.

İdari yargıda, tüm idari davalarda olduğu gibi manevi tazminat davalarında da, kısmi dava ve talebin artırılması kabul edilmediği gibi, özel hukukta da manevi tazminat davasının kısmi dava olarak açılmayacağı, ıslah yolu ile de istemin arttırılamayacağı benimsenmektedir.

Manevi tazminat talebinin kabulü yönünde verilen kararlar, idare tarafından yerine getirilmemişlerse, genel hükümlere göre, yani İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre icra daireleri aracılığıyla tahsil olunur. Tazminat davalarında hüküm altına alınan tazminatın gecikerek ödenmesi halinde ise, idare kanuni gecikme faizi ödemek zorundadır.

KAYNAKLAR

AKILLIOĞLU, Tekin, “Gözlemler: Yönetmelik Yargıda Manevi Giderim Ve Bilgi Hukuku Gelişmesi”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.22, S.2, 1989.

AKYILMAZ, Bahtiyar, “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Konya 1998, C.6, S.1–2, (165–219), (Tazminat).

AKYILMAZ, Bahtiyar, “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran-Aralık, 2005, Cilt: IX, Sayı:1, (185–211), (Sosyal Risk).

ARMAĞAN, Tuncay, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Ankara: 1997.

ATAY, E. Ethem/ODABAŞI, Hasan/GÖKCAN, Hasan Tahsin, **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003.

AYAN, Mehmet, **Medeni Hukuka Giriş**, 5. Baskı, Konya, 2009.

AYANOĞLU, Taner, “Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, **Danıştay 2003 Yılı İdari Yargı Sempozyumu**, <http://www.danistay.gov.tr>, (10.11.2010).

AZRAK, Ali Ülkü, “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı”na Göre Kusursuz Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12–13 Mayıs 1979**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

BİRTEK, Fatih, “Tam Yargı Davalarında Fazlaya İlişkin Hakların Saklı Tutulması ve Anayasa Mahkemesi’nin 12.06.2008 tarihli kararı”, <http://www.adalet.org/makale>, (10.11.2010).

CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2005.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara 28–29 Mayıs 2009, (451–496).

ÇETİN, Pınar, **Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Özellikle Tazminat Miktarının Belirlenmesi**, Ankara 2007, (Yayınlanmamış Master Tezi).

DAL, Erdal/DEMİR, Uğur Y.. “**İdari Yargıda Tazminat Türleri**”, Hukuk Gündemi Dergisi, Y.1, S.4, Ekim 2006.

DESCENAU, Henri/TERCIER, Pierre, **Sorumluluk Hukuku**, (Çev. Salim ÖZDEMİR, Ankara 1983).

DOĞAN, D. Mehmet, **Büyük Türkçe Sözlük**, 11. Baskı, İz Yayıncılık, 1996.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, **Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku**, C.II, 7. Bası, İstanbul: Filiz Yayınları 2004.

DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982.

DURAN, Lütfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No:138, 1973.

DÜREN, Akın, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, no:447.

EDE, Nejat, “Manevi Tazminat Konusundaki Gelişmeler ve Tüzel Kişilerin Manevi Tazminat İstemleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:49, S.5, (728–738).

EDİS, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 6. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1997.

ESİN, Yüksel, **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Kitap, Ankara: Danıştay Yayınları 1973.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Onikinci Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2010.

EREN, Fikret, **Sorumluluk Hukuku Bakımından Uygun İliyet Bağı Teorisi**, Ankara 1975.

ERKUT, Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara: Doktora Tezi 1990.

EROĞLU, Müzeyyen, “Manevi Tazminat İstemli Tam Yargı Davalarında Hak Sahipliği”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara 28–29 Mayıs 2009, (497–528).

ERTAŞ, Şeref, “Manevi Tazminatın Tespiti ve Miktarının Hesaplanması”, **Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu’na Armağan**, İstanbul: 1990.

ESENER, Turhan, **Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği**, Ankara 1969.

EVREN, Çınar Can, “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XIV, Y.2010, S.1, (263–297).

FRANKO, Nisim, **Şeref ve Haysiyete Tecavülden Doğan Manevi Zararın Tazmini**, Ankara: Doktora Tezi 1973.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2008.

GÖNEN, K. Eren, “İdarenin Manevi Tazminat Sorumluluğu”, **Danıştay Dergisi**, S.108, <http://www.danistay.gov.tr>, (27.09.2010).

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. I, 2. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi, 2009.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. II, 2. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi, 2009.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi, 10. Baskı, Bursa, 2010.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.50, S.3, 1995, (193–199).

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetsel Yargı**, 29. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/DİNÇER, Güven, **İdari Yargılama Usulü**, Ankara: Turhan Kitabevi 2001.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, C.II, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 5.Baskı, Ankara: İmaj Yayıncılık 2004.

GÜRAN, Sait, “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu**, Ankara 1979, (151–170).

GÜRSOY, Kemal Tahir, “Manevi Zarar ve Tazmini”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.30, S.1–4, 1973, (7–56).

HATEMİ, Hüseyin ve Diğerleri, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm 2. Cilt. Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994.

HATEMİ, Hüseyin, **Medeni Hukuka Giriş**, 4. Bası, İstanbul 2010.

HELVACI, Serap, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, İstanbul, 2001.

IŞIKLAR, Celal, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarında İdarenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Nedenler”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara 28–29 Mayıs 2009, (569–637).

İNAN, Atilla, Devletin Kusursuz Sorumluluğu, <http://www.atillainan.com.tr>, (18.10.2010).

İŞGÜZAR, Hasan, “Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.47, S.6, Aralık 1990, (855–876).

JHERİNG, R.Von, **Hukuk Uğrunda Savaş**, Çev. Rasih Yeğengil, İstanbul, 1964.

KANETİ, Selim, “Özel Hukuk Alanında Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu**, Ankara 1979, (147–150).

KANIK, Tahir: “Manevî Tazminat Davaları”, **Adalet Dergisi**, 1950, S. 9.

KAPLAN, Gürsel, “Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.55, S.2, Y.2006, (117–141).

KAPLAN, Gürsel, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, <http://www.msb.gov.tr>, (13.10.2010).

KARAHASAN, Mustafa Reşit, **Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat**, C.II, 6. Baskı, Ankara: 2001.

KARAVELİOĞLU, Celal, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 5. Baskı, C.I, 2009.

KAVRAZ, Dilek, **İdari Yargıda Manevi Tazminat**, Ankara 2009, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, “Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler”, **MHB Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul, 1980 (141–180).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi 2003.

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Haysiyet Ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Doğan Hukuksal Sorumluluk**, Ankara: 1982.

KILIÇOĞLU, Ahmet, “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:1984, S.1 1984, (15–22), (Makale).

KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Altıncı Baskı, C.II, Ankara, 2001.

OĞUZMAN, Kemal, “İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması Ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, **Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, 1990, (7–54)

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/ÖZDEMİR, Saibe Oktay, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 8. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi 2005.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2010.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.

ORHUNÖZ, Ergun, **Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat**, Ankara 1999.

ÖNDER, Arife, **İdarenin İdari Eyleminden Doğan Sorumluluğu**, Kırıkkale 2006, (Yayınlanmamış Master Tezi).

ÖZAY, İl Han, **Günışığında Yönetim**; (Serdar ÖZGÜLDÜR), “İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları”, İstanbul: 2004.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2010.

ÖZDEMİR, Necdet, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları 1963.

ÖZGÜLDÜR, Serdar, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Ankara: 1996.

ÖZGÜLDÜR, Serdar, “İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, S.11, 1997, (1–72), (Tazminat Hesaplama Yöntemi).

ÖZYÖRÜK, Mukbil, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972–1973.

REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Bası, İstanbul: 2006.

SARICA, Ragıp, “Hizmet Kusur ve Karakterleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.15, S.4, İstanbul: 1949.

SAYMEN, Ferit Hakkı, **Manevi Zarar ve Tazmini Sureti**, Doktora Tezi, İstanbul: 1940

SELİÇİ, Özer, “Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara 12–13 Mayıs 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul: 1980.

SEROZAN, Rona. “Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali”, **Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu’na Armağan**, İstanbul: 1990.

ŞAHİN, Ergün, “Kuramda ve Uygulamada Devletin Tehlike İlkesi Uyarınca Sorumluluğu”, **Adalet Dergisi**, S.8, 2001, <http://www.yayin.adalet.gov.tr>, (14.10.2010).

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

TOPUZ, İbrahim/Özkaya, Kadir, **Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara: Mahalli İdareler Derneği Yayınları 2002.

ÜNAL, Mehmet, “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.35, S.1 1978, (397–437).

ÜNLÜÇAY, Mehmet, “İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu”, **Danıştay Dergisi**, Y.28, S.94, 1998, (3–10).

YAMAN, Murat, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru Ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları”, <http://www.msb.gov.tr/ayim>, (15.10.2010).

YAŞAR, Hasan Nuri, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.66, S.1, 2008, (201–220).

YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Basım, İstanbul 2009.

YAYLA, Yıldızhan, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara 12–13 Mayıs 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

YENİCE, Kazım/ESİN, Yüksel, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara: 1983.

YET, Orhun, “İdari Yargının Etkinliğine İlişkin Sorunlar”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, 11–12 Mayıs 2000, (81–88).

YILDIRIM, Ramazan, **Açıklamalı Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramlar Sözlüğü**, Konya, 2006.

YILDIRIM, Ramazan, **İdari Başvurular**, 2. Baskı, Konya, 2006.

YILDIRIM, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri II**, Konya, 2010.

YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

YÜCE, Turan: “Medeni Hukukumuzda Manevi Tazminat”, **Adalet Dergisi**, 1952, S. 3.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

www.adalet.gov.tr

www.adalet.org

www.atillainan.com.tr

www.danistay.gov.tr

www.turkhukusitesi.com

www.msb.gov.tr

www.yayin.adalet.gov.tr