

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**İDARİ YARGI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE MADDİ VE
MANEVİ ZARAR**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Orhan AKINCILAR**

**Danışman
Prof. Dr. Hasan TUNÇ**

Ankara - 2010

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**İDARİ YARGI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE MADDİ VE
MANEVİ ZARAR**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Orhan AKINCILAR**

**Danışman
Prof. Dr. Hasan TUNÇ**

Ankara - 2010

ÖNSÖZ

Anayasa ile güvence altına alınan ve sosyal hukuk devleti olmanın bir sonucu olarak karşımıza çıkan idarenin hukuki sorumluluğu ile idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini amaçlanmaktadır. Sorumluluk hukuku çerçevesinde temel sorunsal ise zarar kavramının neyi ifade ettiği ve de tazmini gereken zararın kapsamına hangi unsurların dahil olduğudur. Bu kapsamda zarar kavramı; hukuken himaye edilen maddi ve manevi varlıkların, ihlal edilmesinden önceki ve sonraki halleri arasında meydana gelmiş olan menfi farkı ifade etmektedir.

Yaptığımız bu çalışmanın amacı; idarenin tazmin yükümlülüğü kapsamında maddi ve manevi zararın niteliği ve sonuçlarına ilişkin olarak, yapılan bilimsel tartışmalar ve ileri sürülen görüşleri, yargı kararları ışığında ortaya koyarak inceleme konusu yapmaktır. Bu çerçevede; konu ile ilgili olarak ayrıntıya kaçmadan, uygulamada en sık karşılaşılan olay grupları çerçevesinde bir bakış açısı yakalanmaya çalışılacaktır.

Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde idarenin tazmin sorumluluğu ve bu kapsamda tam yargı davalarının amaçları, idarenin tazmin sorumluluğunun Anayasa'da düzenleniş biçimi, zarar kavramı, zarar kavramının özellikleri ve zararın çeşitleri ile ilgili temel bilgilere yer verilip incelendikten sonra, ikinci bölümde maddi ve manevi zararın kapsamı, bu çerçevede zarardan sorumlu olanın kim ya da kimler olduğu, kim ya da kimlerin uğradığı zararın giderim kapsamında bulunduğu, tazmini gereken zararın nelerden oluştuğu hususları üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın idari yargı alanına katkı sağlaması ve farklı bir bakış açısı getirmesi ümidiyle; bu çalışmamda manevi desteğini hiçbir zaman esirgemeyen ve her zaman yanımda olan eşime, çalışmaya olan katkısı, bilgisi ve destekleri için Prof. Dr. Hasan Tunç'a teşekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR.....	iv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM TAM YARGI DAVALARI VE MADDİ - MANEVİ ZARAR

I. İDARENİN TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE TAM YARGI DAVALARI ...	5
II. İDARENİN TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN 1982 ANAYASASINDA ELE ALINIŞ BİÇİMİ	11
A. 1982 Anayasasına Kadar İdarenin Tazmin Sorumluluğunun Gelişim Süreci	11
B. 1982 Anayasasındaki Durum.....	15
III. GENEL OLARAK ZARAR KAVRAMI, ZARAR ÇEŞİTLERİ, ZARARIN ÖZELLİKLERİ VE MADDİ-MANEVİ ZARAR	19
A. Zarar Kavramı ve Çeşitleri	19
1. Zarar	20
2. Zararın Çeşitleri.....	23
a. Mala Verilen Zararlar – Şahsa Verilen Zararlar	23
b. Doğrudan Doğruya Zarar - Dolaylı Zarar – Yansıma Zarar ...	24
c. Fili Zarar – Kazanç Kaybı Zararı	25
d. Mevcut Zarar – Müstakbel Zarar – Muhtemel Zarar	26
e. Olumlu Zarar – Olumsuz Zarar.....	27
B. Zararın Özellikleri	27
1. Genel Olarak.....	27
2. Zarar Gerçekleşmiş ve Kesin Olmalıdır.....	28
3. Zarar Hukuken Korunan Bir Menfaatin İhlali Olarak Ortaya Çıkmış Olmalıdır	42
4. Zarar Parayla Ölçülebilir Nitelikte Olmalıdır	47
5. Zarar Özel Bir Nitelik Taşımalıdır	48
C. Maddi Zarar Kavramının Tanımı ve Unsurları.....	55
D. Manevi Zarar Kavramının Tanımı ve Unsurları	58
E. Devletin Çeşitli Faaliyetleri Nedeniyle Zararlar	65
1. Yasama Organının Faaliyetlerinden Doğan Zararlar.....	67
2. Yürütme Organının Faaliyetlerinden Doğan Zararlar	71
3. Yargı Organının Faaliyetlerinden Doğan Zararlar	73

İKİNCİ BÖLÜM

MADDİ VE MANEVİ ZARARIN KAPSAMI

I. GENEL OLARAK	78
II. MADDİ ZARARIN KAPSAMI	80
A. Mala İlişkin Zararlar	83
B. Şahsa Verilen Zararlar	89
1. Bedensel Yapıda Meydana Gelen Zararlar	89
a. Tedavi Giderleri	92
b. Çalışma Gücünün Kaybı ya da Azalması Nedeniyle Oluşan Zarar	96
c. Ekonomik Alanda İlerlemenin Güçleşmesi	105
2. Ölüm Olayı Nedeniyle Meydana Gelen Zararlar	108
a. Ölümden Önceki Tedavi Giderleri	108
b. Ölüm Sonrası Cenaze Giderleri	110
c. Gelirden Yoksun Kalma Zararı	111
3. Destekten Yoksun Kalma Zararı	111
a. Genel Olarak	111
b. Destek Kavramı ve Türleri	113
c. Destekten Yoksun Kalanlar	117
1) Anne ve Babanın Çocuklarının Ölümü Nedeniyle Destekten Yoksun Kalmaları	117
2) Çocukların Anne ve Babalarının Ölümü Nedeniyle Destekten Yoksun Kalmaları	120
3) Eşin Ölümü Nedeniyle Destekten Yoksun Kalınması	121
4) Kardeşin Ölümü Nedeniyle Destekten Yoksun Kalınması	124
5) Nişanlının Ölümü Nedeniyle Destekten Yoksun Kalınması	125
6) Nikahsız Birliktelik	126
7) Diğer Kişiler	128
d. Destekten Yoksunluk Şartları	129
e. Destekten Yoksunluk Zararının Belirlenmesi	131
III. MANEVİ ZARARIN KAPSAMI	137
A. Ölüm Olayında Manevi Zarar	143
B. Bedensel Bütünlüğün İhlali Dolayısıyla Manevi Zarar	150
C. Kişilik Haklarına Saldırı Nedeniyle Manevi Zarar	157
SONUÇ	167
KAYNAKÇA	170
ÖZET	176
ABSTRACT	177

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AY	: Anayasa
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYİMD	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi
AYİMK	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz	: Bakınız
C	: Cilt
D	: Danıştay
DD	: Danıştay Dergisi
DBB	: Danıştay Bilgi Bankası
DİBK	: Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
Dp	: Dipnot
DKD	: Danıştay Kararlar Dergisi
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
ET	: Erişim Tarihi
HD	: Hukuk Dairesi

İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFY	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
KT	: Karar Tarihi
m	: Madde
MK	: Medeni Kanun
RG	: Resmi Gazete
s	: Sayfa
S	: Sayı
SK	: Sayılı Kanun
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TODAİE	: Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
vd.	: ve devamı
Y	: yıl
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Modern toplumlarda bireyin öneminin artması kamu hizmetinin merkezine “birey-devlet” ilişkisinin oturmasına neden olmuş, bireyin, insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeni sağlama görevi olan devlet otoritesi nedeniyle uğramış olduğu zarar ise kamu gücünün sorumluluğu sonucunu doğurmuştur. Kamu gücünü kullanan idare, işlem ve eylemleri ile muhatabının hukuki durumunu doğrudan etkileyebilmektedir. Düzenleme yapma yetkisi ve kamu gücü kullanma imtiyazı itibarıyla idare, her zaman bireyler karşısında daha güçlü bir konuma sahiptir.¹ İdare bu gücüne dayanarak kişilerin hukuki durumlarında, tek taraflı irade açıklamalarıyla değişiklikler yapabilmekte, üstelik idarenin bu tek taraflı irade açıklamaları, idarenin kanuniliği ilkesi gereği, aksi mahkeme önünde ispat olununcaya dek hukuka uygun kabul edilmektedir.² İdarenin yargısal denetimi de, bireyin devlet karşısında zayıf konumda olması ve bu nedenle korunması düşüncesinden kaynaklanmıştır.³ Hizmetten yararlanan bireylerin kamu otoritesi karşısındaki konumu, hizmeti sunan konumunda olan devletin iktidarı ve de bireylerin hizmeti sunan tarafı belirleyememeleri ve sözleşme yapma konusunda sahip oldukları sınırlı hürriyetleri hukuk devletinin vazgeçilmez gereği olan devletin denetimi olgusunu beraberinde getirmiştir.

Devlet yasama, yargı, yürütme ve idare faaliyetlerini yerine getirirken yapmış olduğu işlem ve eylemlerle birey ve topluluklarına menfaatlerini ihlal edebilmektedir. İdarenin sorumluluğu, faaliyetleri ile idare edilenlere verdiği zararların idare tarafından tazmin edilmesi olarak tanımlanabilir.⁴ Devletin idari faaliyetleri nedeniyle hukuka aykırı olarak kimi zamanda hukuka uygun olmakla birlikte sosyal hukuk devleti olmanın zorunlu bir sonucu olarak

¹ Orhun Yet, “İptal Kararlarının Uygulanmasında Maddi ve Hukuki İmkansızlık”, TMSF Çatı, Y. 2, S. 13, Nisan-Mayıs-Haziran 2007, s. 22.

² Cemil Kaya, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 23.

³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 135.

⁴ E. Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 678.

bireyin uğramış olduğu zararların yazılı hukuk normları veya Mahkeme içtihatları ile karşılanması gerekliliği tazminat hukukunun doğumuna yol açmıştır. Demokratik toplum düzeninde idarenin, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını karşılamak üzere kamusal faaliyetlerini hukuk çerçevesinde sürdürmesi gerektiği ve belirtilen işlevinden dolayı bireylerin hak ihlallerini de gidermekle yükümlü olacağı kuşkusuzdur.⁵ İdarenin hukuka uygunluğunun denetimi ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan zararın giderimini sağlama amaçlı ortaya çıkan tam yargı davaları, idari faaliyetlerden hakları ihlal edilmiş olanlar tarafından, hakkın yerine getirilmesi ve meydana gelen zararın giderilmesi amaçlı açılan davalardır.

Zaman içerisinde sürekli değişen ve gelişen sosyal ihtiyaçlara çözüm getirme görevinden dolayı idarenin, aktivitesi, buna bağlı olarak yapılanması ve yetkileri hızla artış göstermektedir.⁶ Yaşayan hukuk içerisinde belirli bir dönem devletin ödev ve sorumlulukları içerisinde sayılmayan faaliyetler daha sonraki zamanlarda devletin asli faaliyetleri arasına girebilmektedir.⁷ İdarenin faaliyet alanının ve yaptığı kamusal hizmetlerin, gerek nitelik gerek sayıca çoğalmasıyla birlikte, bireylerin bu faaliyetlerden zarar görme ihtimali de artmış bu da beraberinde idarenin hukuki sorumluluğu olgusunu ortaya çıkarmıştır. İdarenin hukuki sorumluluğu idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini amaçlayan⁸ bir kurumdur. İdarenin sorumluluğu geniş anlamda kamusal faaliyetler nedeniyle bireylerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmenin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kuralları ve ilkeleri kapsamaktadır.⁹ Ancak idarenin sorumluluğu derken, idarenin Anayasa ve kanunlardan aldığı görevle ve

⁵ Mehmet Ünlüçay, “İdarenin Tazmin Borcu Ve Enflasyon Olgusu”, Danıştay Dergisi, Y. 28, S. 94, Ankara 1998, s. 25.

⁶ Yet, a.g.m., s. 22.

⁷ Resul Yıldırım, İdari Para Cezaları Karşısında Yargısal Korunma, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2005, s. 60.

⁸ Atay, a.g.e., s. 678.

⁹ Aydın Akgül, “Tam Yargı Davalarında Zararın, Tamamıyla Zarar Görenin Kusurundan Kaynaklanması”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.4, S.32, Nisan 2009, s. 112.

kamusal usullerle yaptığı faaliyetlerden; bu faaliyetlerin içerdiği tesislerden; bunların kurulmasına, işletilmesine dair eylemlerden doğan bireysel nitelikteki zararlardan sorumluluğunun kastedildiğini belirtmek daha doğru olacaktır.¹⁰

İdarenin sorumluluğu ilk olarak, faaliyet ile zarara yol açan netice arasında var olan illiyet ve idarenin kusuru kavramı olarak ortaya konulmuş¹¹, ancak toplumsal olayların arz ettiği farklılık ve günün gelişen ihtiyaçları karşısında, toplumsal değişim karşısında ve de sosyal hukuk devleti anlayışının gelişmeye başlaması ile kamu hizmetlerinin tür ve sayısındaki artışa bağlı olarak¹² kusur sorumluluğunun yetersizliği kusursuz sorumluluğa yönelik ilkelerin kabul görmesine neden olmuştur. Zira idarenin hizmetinde bulunduğu toplum içerisindeki etkinliği dolayısıyla zarar görenler ile zarar görmeyenler arasında bozulan dengeyi tekrar kurabilmek için, idarenin sorumluluğu ilkesinin uygulama alanının genişletilmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur.¹³ Hatta bu gelişimin yetersizliği karşısında nedensellik bağının kesildiği bazı özel durumlarda sosyal risk ilkesinin uygulanması sonucuna ulaşılmıştır.¹⁴ Sorumluluk hukukunda var olan bütün bu ilkeler idari yargı yerlerince ortaya konulan içtihatlar vasıtasıyla gelişimini sürdürmektedir. Günümüzde, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin tutum ve davranışlar ile bireylere verdikleri zararları karşılamaları, hukuk devleti ilkesinin egemen

¹⁰ Yıldızhan Yayla, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, III Sempozyumu, İÜHFY, No:662, Fakülteler Matbaası, İstanbul, Y. 1980, s. 47.

¹¹ “Hizmet Kusuru, İdari Hizmetin Kuruluş Ve İşleyişinden Kaynaklanır. Kamu Hizmeti Eksik Veya Kötü Yönetilmekteyse Veya Bu Faaliyet Beklenen Hizmet Gerekliliyle Bağdaştırılamayacak Nitelikteyse, İdarenin Hizmeti Kusurlu Yürüttüğünün Kabulü Gerekir.” D.10.D.’Sinin 25.5.2009 Tarih ve E.2007/3075, K.2009/4845 Sayılı Kararı.

¹² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 150.

¹³ Ali Ülkü Azrak, “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, III Sempozyumu, İÜHFY, No:662, Fakülteler Matbaası, İstanbul, Y. 1980, s. 135.

¹⁴ “...İdare kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

Buna karşın bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen sosyal risk ilkesi ile toplumun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağandışı zararların da topluma pay edilerek giderilmesi amaçlanmıştır. ...” (D.10.D. 29.1.2007 tarih ve E.2004/7285, K.2007/212 sayılı kararı, D.D. Y..37, S.115, 2007, s. 334).

olduğu ülkelerde tartışmasız kabul olunmakta, bu husus ise dikkatleri idarenin sorumlu olmasından çok, sorumluluğun dayanağı, şartları ve zararın giderimi konusuna yöneltmektedir.¹⁵

Zarar kavramı; hukuken himaye edilen maddi ve manevi varlıkların, ihlal edilmesinden önceki ve sonraki halleri arasında meydana gelmiş olan menfi farkı ifade etmektedir. Sorumluluk hukukunun amacı da kamu gücünün kullanımı nedeniyle gerçekleşen gerçek zararın tazmininin sağlanmasıdır. Zararın tazmini her şeyden önce, zararın varlığını, zararı doğuran işlem ya da eylemin idareye yüklenebilmesini ve meydana gelen zararlar idarenin faaliyetleri arasında illiyet bağının bulunmasını zorunlu kılmaktadır.¹⁶ Ancak pozitif hukukumuzda anayasal ve yasal olarak idarenin sorumluluğu ortaya konulmuş olmakla birlikte, onun dayandırılabilceği esaslar hakkında herhangi bir açık hükme yer verilmemiş¹⁷ olup, meydana gelen zararın giderimi konusunda var olan boşluk idari yargı yerlerince ortaya konulan içtihatlar ile doldurulmaya çalışılmakta ve de öğreti tarafından söz konusu içtihatlar sistematik hale getirilerek tartışmaya açılmaktadır. Zarar kavramı ilk bakışta basit ve hemencecik ortaya konulabilecek gibi görünmekte ise de, idare hukuku ilkeleri gibi konunun spesifikliği ve gelişen yönü bu durumu güçleştirmektedir. Bu yönüyle idarenin tazmin sorumluluğu ve bu kapsamda tam yargı davalarının amaçları, idarenin tazmin sorumluluğunun Anayasa'da düzenleniş biçimi, zarar nedir, sorumluluk hukukunda zarar neyi ifade etmektedir, zararın özellikleri, zarardan sorumlu olan kim ya da kimlerdir, kim ya da kimlerin uğradığı zarar giderim kapsamındadır, tazmini gereken zarar nelerden oluşur ve nitelikleri nelerdir? Bu çalışmamızda bu soruların yanıtları ortaya konulmaya çalışılmıştır.

¹⁵ Atay, a.g.e., s. 684.

¹⁶ D.10.D. 30.06.2006 tarih ve E.2004/10337 2006/4725 sayılı kararı, D.D. Y..37, S.114, 2007, s. 291.

¹⁷ İl Han Özay, Yargısal Korunma, Alfa Yayınları, İstanbul, 1999, s.130; İbrahim Topuz, Kadir Özkaya, Açıklamalı - İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2002, s. 26.

BİRİNCİ BÖLÜM

TAM YARGI DAVALARI VE MADDİ - MANEVİ ZARAR

I. İDARENİN TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE TAM YARGI DAVALARI

Tazmin yükümlülüğü, hukuki sorumluluğu saptanan hukuk sujesine yargı organınca yüklenen ödevi anlatır. Bir başka deyişle tazmin borcu, hukuki sorumluluğun doğal sonucu, onun yaptırım gücüdür.¹⁸ Devletin tazmin yükümlülüğü ise genel olarak, idari faaliyet sonucunda, idarenin kusuruyla ya da kusursuz olarak, faaliyetin muhatabının veya üçüncü şahısların, şahıs ya da malvarlığında meydana gelen eksilmenin, idare tarafından giderilmesi yükümlülüğü olup,¹⁹ bununla kamusal faaliyetler sonucu idare ile yönetilenler arasında bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulması amaçlanır. Buradaki yönetilenler deyimini geniş anlamda ele almak gerekmektedir. İdari faaliyetten zarar gören kişi, faaliyetin ilişkin olduğu kamu hizmetinden yararlanan durumunda olabileceği gibi; faaliyetin içinde, hizmetin görülmesine katılan bir kişi de olabilir. Ya da zarar gören kişi idari faaliyetle kamu hizmeti ile hiçbir yönden ilişkisi olmayan üçüncü kişi durumundadır. Yine, idari faaliyet bir işlem, bir eylem ya da bir sözleşme şeklinde ortaya çıkabilir. Ancak bu faaliyetin gerisinde daima bir kamu hizmeti vardır. Yani tam yargı davasına yol açan idari karar, idare tarafından ya da idare namına, uzaktan ya da yakından kamu hizmeti ile ilgili bulunmalıdır.²⁰ Bu açıdan, idarenin hukuki sorumluluğunu, kamu hizmetlerinden doğan zararların karşılanıp giderilmesini amaçlayan hukuki bir kurum olarak tanımlayabiliriz.²¹ Şunu da belirtmek gerekir ki özel hukuk subjelerinde olduğu gibi kamu tüzel

¹⁸ Yüksel Esin, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1976, s. 441.

¹⁹ Bahtiyar Akyılmaz, “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1998, C.6, S.1-2, s. 165.

²⁰ Ragıp Sarıca, “İdari Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. X-1944, C. X, S. 3-4, s. 487.

²¹ Esin, a.g.e., s. 14.

kişilerinin sorumluluğu da gerek hukuken yasak olunmuş maddi hareket ve fiillerin yapılmasından, gerekse hukuk nizamına aykırı sakat hukuki tasarrufların ittihaz ve icrasından ileri gelmektedir.²²

Tazmin borcunun belirlenmesi suretiyle, hak ihlali tam olarak giderilip uğranılan zarar bütünüyle karşılandığında, idarenin hukuki sorumluluğunun gereği de tam olarak yerine getirilmiş olacaktır.²³ Tam yargı davaları; idarenin eylem ve işlemi nedeniyle ilgililerin uğradıkları gerçek zararın tazmin aracıdır. Tam yargı davaları ile hedeflenen idarenin hukukiliğinin etkin bir şekilde denetlenmesi ilgililerin sübjektif hak ihlallerinin tam olarak giderilmesiyle mümkün olacaktır.²⁴ Gerçek zarar ise; idari eylemin meydana geldiği an itibariyle uğranılan ve tespit edilebilen zarar tutarıdır.²⁵ İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler aleyhine bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır. İdarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duyguları ile belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur.²⁶ Devletin işlemleri ve eylemleri nedeniyle bireylerin uğradığı zararları tazmin yükümlülüğü altına girmesi, devlet – birey ilişkilerinde hukuk devleti ilkesinin gözetilerek gerçekleştirilmesinin de teminatını oluşturmaktadır. İnsan hak ve özgürlüklerinin korunması, diğer bir ifade ile idarenin bu hak ve özgürlüklere

²² Necdet Özdemir, Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963, s. 8.

²³ Ünlüçay, a.g.m., s. 5.

²⁴ Atay, a.g.e., s. 693.

²⁵ D.10.D.'sinin 25.5.2009 tarih ve E.2007/3075, K.2009/4845 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 10 Ağustos 2009.

²⁶ Ünlüçay, a.g.m., s. 4; D.10.D. 29.4.2008 tarih ve E.2007/3301, K.2008/2939 sayılı kararı, D.D. Y.. 38, S.119, 2008, s. 331.

saygı duymasının sağlanması, idarenin eylem ve işlemlerinin denetlenmesini²⁷ ve de idarenin bu iş ve eylemleri nedeniyle tazminle yükümlü tutulmasını mutlak suretle zorunlu hale getirmektedir. Düzenleme yapma ve kamu gücü kullanma konusunda bu denli güçlü olan idare hareket ederken bireylerin menfaatlerine olumsuz yönde sonuçlar doğurduğunda, çıkan uyuşmazlığın çözümü idari yargıya ait bulunmaktadır. İdari yargının görevi idarenin hukuka uymasını sağlamak, dolaylı olarak da bireyi kamu otoritesi karşısında korumaktır.²⁸ Bu bağlamda kamu gücünün sorumluluğu hukuku, devletin idari işlevinin hukuka uygun olmayan kullanımından doğan zararların, yazılı ya da yazılı olmayan hukuk kuralları uyarınca yine devlet tarafından telafi ve tazminini içeren bir disiplin olarak nitelendirilebilir.²⁹ İdari Yargının varlık nedeni ise, hukuk devleti olmanın vazgeçilmez şartı olan, kamu gücü kullanılarak yürütülen idari faaliyetlerin hukuka uygunluğu denetiminin yapılması, böylece hukukun üstünlüğünün sağlanması koşulunun yerine getirilmesidir.³⁰

Çağımızın Devletinde idarenin, sosyal ve ekonomik gerekleri yerine getirmek ve bu suretle modern toplum hayatındaki sayısız ihtiyaçları karşılayabilmek için günden güne gelişen ve farklılaşan çeşitli faaliyetler göstermek zorunda olduğu tartışma götürmez bir gerçektir.³¹ Bu bağlamda idare, gerek işlevsel, gerek örgütsel yönüyle her gün bireylerle karşı karşıya gelerek işlem tesis etmekte veya eylemde bulunmakta ve de bu yolla elinde bulundurduğu kamu gücünü her an kullanma olanağına sahip olmaktadır. İdarenin bu gücü keyfi ve hukuka aykırı olarak kullanması durumunda bireylere hukuksal koruma sağlayan araçlardan biri de tam yargı davasıdır.³² İdarenin tazmin yükümlülüğü nedeniyle ortaya çıkan zararın idareye

²⁷ Bahtiyar Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 218.

²⁸ Yet, a.g.m., s. 22.

²⁹ Cüneyt Özansoy, “Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBF., Ankara 1989, s. 10.

³⁰ Özay, a.g.e., s. 80.

³¹ Akyılmaz, **İdari Usul**, s. 20.

³² Akgül, a.g.m., s. 111.

atfedilebilir olup olmadığının tespiti, bu kapsamda idarenin kusurunun ortaya konulması, zararın kapsamının ve giderim şeklinin ve miktarının belirlenmesi tam yargı davasının konusunu oluşturmaktadır. Yani İdarenin herhangi bir işlemi ya da eylemi nedeni ile bir zararın doğup doğmadığı, idarenin doğan zararı tazmin etmekle yükümlü olup olmadığı, idare aleyhine, idari mahkemede açılacak tazminat davasında tespit edilecektir.

İptal davalarının, olayda söz konusu idari işlemi oluşturan herhangi bir unsurdaki hukuka aykırılık iddiasına dayandırılmasına karşın, tam yargı davaları ile çözümlenen sorun, idarenin karşımıza bir işlem, eylem ya da eylemsizliği şeklinde çıkan tutum ve davranışlarının neden olduğu zararın hangi sorumluluk esaslarına göre giderilmesi gerektiğine ve de bu bağlamda zararın kapsamının, giderim şeklinin ve miktarının ne şekilde olacağına ilişkindir.³³

İlk olarak 521 sayılı Danıştay Kanunu ile (30/B) pozitif hukukumuzda girmiş bulunan tam yargı davası deyimi, 521 sayılı Kanunda düzenleniş biçimi 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunundaki düzenleniş biçimi ile aynılık arz etmektedir. Bundan önceki Şurayı Devlet Kanunun 23. maddesinde yer alan “idari fiil ve kararlar yüzünden hakkı muhtel olanların açacakları davalar” deyimi ile üstü kapalı bir biçimde tam yargı davaları düzenlenilmişti. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinin 1(b) bendinde idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanların tam yargı davası açabilecekleri düzenlenilmiştir.

Öğretide tam yargı davasına ilişkin olarak çeşitli tanımlamalara yer verilmiştir: “Tam yargı davası öyle bir davadır ki davacı onunla hakimden kanuni gerçeğe dayanarak sübjektif bir hakkının mevcudiyetini yahut kendisi lehine bazı haklar doğuracak bir durumun tespitini talep eder.”³⁴ İdare tarafından kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında alınan kararlar, yapılan fiil,

³³ Özay, a.g.e., s. 129.

³⁴ Recep Başpınar, “**Tam Yargı Davaları**”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, 2. Bası, Ankara, 1986, s. 482

muamele ve girişimler sırasında hakları tecavüze uğrayan ve zarara maruz kalan kişilerin hizmeti yürüten kişiler aleyhine açtıkları davalardır.³⁵ İlgililerin sübjektif hukuki durumlarında ortaya çıkan ve her türlü ihlalin giderilmesini amaçlayan davalardır.³⁶ İdari nitelikteki işlem ve eylemlerden kişisel hakları doğrudan ihlal edilenler olanlar tarafından açılan ve idarenin, Kamu Hukuku kurallarına göre sorumluluğunu gündeme getirerek, doğan zararın tazminine veya hakkın geri verilmesine mahkûm edilmesi isteklerini konu edinen idari davalardır.³⁷

Danıştay kararlarında ise, idari eylem ve/veya işlemlerle kişilerin sübjektif hukuki durumlarında ortaya çıkan hak ihlallerinin bütün sonuçlarıyla birlikte giderilmesini amaçlayan ve aynı zamanda idarenin hukuk kuralları içinde kalmasını sağlayan etkin bir denetim ve yaptırım aracı tazminat davası olarak tanımlamaktadır.³⁸ Yine bir Danıştay kararında ise tam yargı davaları; “idarenin faaliyetlerinden ötürü, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davaları” olarak tanımlanmıştır.³⁹

Genel olarak tam yargı davaları idarenin bir işleminin ya da eyleminin kişinin sübjektif hakları sahasını etkileyip bir zarar meydana getirmesinden, bir hakkı ihlal etmesinden doğar.⁴⁰ Tam yargı davalarının esasını iptal davalarının aksine “menfaat ihlali” değil, “hakkın ihlali” oluşturmaktadır.⁴¹ Tam yargı davaları ile amaçlanan ise Devletin yasama, yargı, yürütme ve idare faaliyetlerini yerine getirirken yapmış olduğu işlem ve eylemlerle kişilerin ya da toplumun sübjektif haklarında meydana gelen zararın

³⁵ Celal Erkut, “İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı”, 2000Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11.12 Mayıs 2000, s. 93.

³⁶ Kazım Yenice, Yüksel Esin, Açıklamalı- İctihathlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaası, Ankara 1983, s. 72.

³⁷ Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009. s. 159.

³⁸ D.10. D’nin 18.02.1997 gün ve E: 1995/5458 K:1997/371 sayılı kararı (Yakup Bal, Yahya Şahin, Mustafa Karabulut, Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş kararları, Seçkin, 2003. s.969).

³⁹ D.10. D. 29.4.2008 tarih ve E.2007/3301, K.2008/1939 sayılı kararı, D.D., Y. 2008 S. 119, s. 329-332.

⁴⁰ Sıdık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, İstanbul, 1966, s. 104.

⁴¹ İl Han Özay, Gün Işığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 815.

giderilmesidir. Tam yargı davalarında uyuşmazlık iki hak sahibi arasında ve bunlardan birisinin subjektif hakkının ihlal olması nedeniyle doğar. Bu nedenle tam yargı davası, bir tazminatın verilmesi yolunda idarenin borcunu gösterir. İdareye bir hareket şekli göstermez ve yükleyemez.⁴²

Tam yargı davası ile davacı tarafından; yasal gerçeğe dayanarak subjektif hakkının varlığını veya kendisi lehine bazı haklar doğuracak bir durumun tespiti istenilmekte, İdari yargı yeri de, davacının bu talebi karşısında, idari faaliyet sonunda ortaya çıkan zarardan sorumlu gördüğü idareyi, bu zarara eşit değerde para ödemekle yükümlü tutmaktadır.⁴³

İdarenin yargısal denetimi çerçevesinde tam yargı davaları çok büyük bir önem arz etmektedir. Tazminat davaları, idare hukukunun temel hedefi olan hukuk devleti ilkesi bakımından da idari faaliyetlerin hukuka uygunluğunun denetiminde, idarenin hukuk kuralları içinde kalmasını sağlayan, vazgeçilmez, etkin bir denetim aracı ve önemli bir müeyyidedir.⁴⁴ Tam yargı davalarında bireyler idari işlem ve eylemler nedeniyle uğradıkları zararları tazmin ettirmektedirler. Hukuki sorumluluğun müeyyidesi olan tam yargı davasının gayesi, idari faaliyetler yüzünden bozulmuş olan mali dengenin düzeltilmesidir.⁴⁵ Dolayısıyla idarenin sorumluluğu saptandıktan sonra, kişinin himaye edilen sübjektif varlıklarında idari faaliyetler nedeniyle ortaya çıkan ihlal öncesi ve sonrası meydana gelen farkın doğru olarak tespiti ve bunun gerek sorumluluk gerekse giderim açısından unsurlarının tüm yönleriyle ortaya konulması tam yargı davalarının konusunu oluşturmaktadır.

Tam yargı davaları geniş kapsamlı davalardır. İdari işlem, idari eylem ve idari sözleşmelerden doğan; iptal yorum ve ceza davaları dışında kalan bütün davalar tam yargı davaları içerisinde ele alınmaktadır. Bu bakımdan

⁴² Serdar özgülür, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Doktora Tezi, İstanbul, 1994, s. 26.

⁴³ Aydın Akgül, a.g.m., s. 114.

⁴⁴ Sait Güran, Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, 12-13 Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 152.

⁴⁵ Başpınar, a.g.m., s. 482.

tam yargı davaları, istirdat davaları, vergi davaları ve yönetsel sözleşmelerden doğan davalar şeklinde görülebilmektedir. Bu bağlamda iptal davasının konusunu yalnız idari işlemler oluşturabildiği halde, tam yargı davasına idari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmeler konu olabilmektedir.⁴⁶

II. İDARENİN TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN 1982 ANAYASASINDA ELE ALINIŞ BİÇİMİ

A. 1982 Anayasasına Kadar İdarenin Tazmin Sorumluluğunun Gelişim Süreci

Bugün tabii bir durum olarak kabul edilen Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin fertlere vermiş oldukları haksız zararlardan dolayı sorumluluk kuralı, yorucu ilmi ve teşri mücadeleler sonucunda ancak modern hukuk sistemlerinde kabul edilebilmiştir.⁴⁷ Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkan devletin denetimi, yönetenlerin yönetilenler karşısında sorumlu olması olgusu, beraberinde devletin yürüttüğü faaliyetler nedeniyle bireylerin uğradıkları zararı tazmin etme yükümlülüğünü de getirmiştir. Aynı zamanda sosyal devlet olgusunun bir sonucu olan devletin sorumluluğu ilkesi, sadece hukuka aykırı fiillerden değil, bazen de hukuka uygun ancak bazı tehlike içeren eylem ve işlemlerinden dolayı da sorumluluğun doğacağı fikrinin gelişmesini sağlamıştır. Kamu gücünün sorumluluğu, hukuk devleti olmanın yanında sosyal devlet ilkesinin gelişimi ile de paralel bir süreç göstermiştir. Özellikle toplumun gelişen yönü bireyin öneminin artması kamu hizmetinin merkezine “birey-devlet” ilişkisinin oturmasına neden olmuştur. Toplumsal gelişmenin gösterdiği yön, sorunu kamu gücünün sorumluluğunun tartışılmasından çok, zararın giderimi, bu bağlamda da zararın ne olduğu, zarardan kim ya da kimlerin sorumlu olduğu, kim ya da kimlerin uğradığı zararın giderim kapsamında bulunduğu, tazmini gereken zararın nelerden

⁴⁶ A. Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargısı, 29. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 265-266.

⁴⁷ Özdemir, a.g.e., s. 8.

oluştugu ve niteliklerinin neler olduğu noktasına taşımıştır. Modern toplumlarda idarenin kusur sorumluluğunun yanında, faaliyet ile netice arasında nedensellik bağının varlığı kuralına bağlı olarak kusursuz sorumluluk ilkesi hemence yerini bulmuş, zamanla ortaya çıkan yeni durumlar kamu gücünün faaliyet alanının gelişmesi ve hizmetlerin çeşitlenmesi karşısında ise nedensellik bağının kesildiği bazı özel durumlarda sosyal risk ilkesinin uygulanması sonucuna ulaşılmıştır.

Ülkemizde idarenin tazmin sorumluluğunun gelişim yönü ise; genel olarak İslam Hukuku kurallarının uygulandığı Osmanlı İmparatorluğu döneminde; devletin sorumluluğunun söz konusu olmadığı ve yönetenlerin yönetilenlere hesap verme durumunda olmadıkları, devletin hukuki ve mali sorumluluğunun söz konusu olmadığı bir dönem ile başlamaktadır. Bu dönemde kamu hukuku uygulamasından dolayı Devletin sorumluluğu söz konusu değildi.⁴⁸ Aslında padişah yetkilerini kullanırken “la yüs’ el” yani tamamen sorumsuz olmayıp, tasarrufları şer’i hükümlere uygun olmalıdır. Ancak padişahın tasarruflarını denetleyecek ya da bu tasarrufları nedeniyle padişahı yargılayacak bir merci mevcut olmadığı için padişahın ve onun şahsında devletin sorumsuzluğu kabul edilmiştir.⁴⁹ Bu uygulamanın 1839 yılına dek sürdürüldüğü görülmektedir. Bu tarihte Tanzimat Fermanı ile birlikte bir yumuşama belirmiş ise de, uygulamada sonuç elde edilememiştir.⁵⁰ Kamu hukuku esaslarına göre Devletin hukuki ve mali sorumluluğunun ele alınmasının genel olarak 1868 yılında Devlet Şurası’nın (Danıştay’ın) kurulması ile başladığı ve 1876 Anayasası ile kalktığı kabul edilmektedir.⁵¹ Türkiye’de idari yargı alanındaki ilk gelişim 1868 yılında kurulan Şurayı Devlet ile olmuştur. Şurayı Devletin görevleri arasında “hükümet ile eşhas beyinde olan davalara bakmak da vardı.”⁵² Bu tarihe kadar kısmen de olsa özel hukuk esasları çerçevesinde düşünülen devletin

⁴⁸ “Her türlü hatadan arınılmış sayılan hükümdar ve onun adına ülkeyi idare eden yöneticilerin kusur işlemesi kabul olunamazdı.” (Başpınar, a.g.m., s. 490).

⁴⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s.145.

⁵⁰ Esin, a.g.e., s. 18.

⁵¹ Özdemir, a.g.e., s. 15-18.

⁵² A. Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, 27. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 337.

sorumluluğu, bu tarihten sonra kamu hukuku hükümleri kapsamında değerlendirilmiştir.⁵³ 1876 Kanun-u Esasi, kişiler ile devlet arasındaki uyuşmazlıkları karara bağlama yetkisini genel Mahkemelere vermiştir. Bu dönemde devletin yargı gücü Şeriye Mahkemeleri ve Nizamiye Mahkemeleri olmak üzere iki ayrı yargı düzenine bağlanmıştır.⁵⁴ 1876 Anayasası ile birlikte ise Şura-yi Devletin yalnızca memurların yargılanması işine bakan bir organ durumuna getirilmesi nedeniyle Cumhuriyet dönemine kadar devletin tazmin sorumluluğu hususunun gündeme gelmediği görülmektedir.⁵⁵

Görüldüğü üzere ülkemizde devletin sorumsuzluğu ilkesi, Cumhuriyet dönemine kadar geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Birinci Meşrutiyetten sonra idari rejimin yeniden tesisi, bu bağlamda idare davalarına bakmak ve idari uyuşmazlıkları çözmek üzere Devlet Şurasının yeniden kurulması 1924 Anayasasının 51. maddesi ile gerçekleştirilmiştir.⁵⁶ 669 sayılı Şura-yı Devlet Kanunun 19/a maddesi ile rüyeti adli mahkemelerin vazifeleri dışında bulunan meseleler hakkında, idari fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından Devlet Şurasında dava açılabilir ve neticede fiil ve zarar sabit olursa fiil ve kararın ait olduğu idare mameleki, muhtel olan hukuku tazmine mahkûm olacaktır. Bu hükümle birlikte idarenin sorumluluğu ilkesi yasal dayanağına kavuşmuştur.⁵⁷ Söz konusu kural 1938 tarihli ve 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu’nun 23. maddesinin A fıkrası ile de benimsenmiştir. 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu’nun 23. maddesinin A fıkrası ile getirilen bu hüküm, 1924 Anayasası ile yüksek mahkeme hüviyeti verilen Devlet Şurası’na kamu gücünün faaliyetleri nedeniyle sorumluluğunu tespit ve ortaya çıkan zararın tazmini hususunda ihtilafları çözme görevi verilmiştir. Sonuç olarak ise devletin eylem ve işlemleri nedeniyle sorumlu tutulması ve tazmin yükümlülüğü doğmuştur. Ancak Devlet Şurasının bu dönemde kamu gücünün sorumluluğu ve tazmin yükümlülüğü hususunda

⁵³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 145.

⁵⁴ Hasan Tunç, Anayasa Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005, s. 6.

⁵⁵ Esin, a.g.e., s. 18.

⁵⁶ “İdari dava ve ihtilafları rü’yet ve hal’etmek üzere Şura-i Devlet teşkil edecektir” (Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 146).

⁵⁷ Atay, a.g.e., s. 683.

tutucu davrandığını söylemek doğru olacaktır.⁵⁸ Ayrıca bu yine bu dönemde daha çok hizmet kusuru kuramı ön plana çıkmış olup, kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince tazminata hükmedilmediği görülmektedir.

İdarenin sorumluluğu alanındaki köklü değişim ve düzenleme 1961 Anayasası ile gerçekleştirilmiştir.⁵⁹ 1961 Anayasası bir adım daha ileriye giderek 114. maddesinin son fıkrasında “idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” demek suretiyle⁶⁰, devletin sorumluluğunun Anayasal bir ilke olması yanında sorumluluğun kapsamını kusur sorumluluğundan kusursuz sorumluluğa doğru taşımıştır. Yani idarenin sorumluluğu bir Anayasa kuralı olarak saptanmış ve sorumluluğun kapsamı da o güne değin yargısal içtihatlarla çizilen sınırların çok ilerisinde bir alana götürülmüş, böylece modern sorumluluk anlayışının ülkemizde uygulama yeri bulmasına olanak sağlanmıştır. Gerçekten Devlet Şurası 1961 Anayasa’sından önce objektif sorumluluk ilkesini uygulamada duraksama göstermekte idi. Yüksek Mahkemenin kusursuz sorumluluğa dayalı tesis ettiği pek az tazmin kararına rastlanmaktadır. Ayrıca Anayasa’nın 114. maddesinde bazı değişiklikler yapan 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun da, anılan idari sorumluluk kuralını olduğu gibi korumuştur.⁶¹ Söz konusu hüküm ile 1982 Anayasasında olduğu gibi idarenin sorumluluğu ortaya konulmuş olmakla birlikte, meydana gelen zararın giderimi konusunda somut hüküm konulmayarak, var olan boşluğun giderilmesi görevi idari yargı yerlerine bırakılmıştır.

Kusursuz sorumluluk kuramının içtihatlara yansımaları ise 24.12.1964 tarih ve 512 sayılı Danıştay Kanununun yürürlüğe girmesi ile olmuş, 521 sayılı Danıştay Kanunu’nun 30. maddesinde “idari eylem ve işlemlerden hakları muhattal olanların” Danıştay’da dava açmaları öngörülmüştür.⁶²

⁵⁸ Esin, a.g.e., s. 19.

⁵⁹ Atay, a.g.e., s. 683.

⁶⁰ Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2004, s.340.

⁶¹ Esin, a.g.e., s. 20.

⁶² Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2003, s. 941.

Yüksek Mahkeme 1961 Anayasa'sından sonra bir süre daha sorumluluk için yalnızca hizmet kusurunun varlığını aramış, kusur görmediği olaylarda çoğu kez kusursuz sorumluluk ilkesi üzerinde durmaksızın tazminat istemlerini reddetmiştir. Ancak 521 sayılı Danıştay Kanunundan sonraki uygulama yeni sorumluluk anlayışı içinde gelişmiştir. Bununla Anayasa'nın 114. maddesinde ki sorumluluk kuralının uygulama aracı gösterilmiş bulunmaktadır.⁶³ Bu dönemden sonra kusursuz sorumluluk kuramı hızla gelişirken, hizmet kusuru kavramı da esnek bir uygulama içine sokulmuştur.⁶⁴ Ancak tatbikatta sorumluluk kuramlarını uygularken Danıştay'ın istikrarlı ve uyumlu bir içtihat süreci sergilemediği öğretide dile getirilmiştir.

B. 1982 Anayasasındaki Durum

İdarenin hukuki sorumluluğu Anayasamızda, sosyal devlete ilişkin olarak yer alan hükümler ile Anayasanın 125. maddesinde yer alan düzenlemeler nedeniyle ortaya çıkmaktadır.⁶⁵ 1982 Anayasası ile 1961 Anayasasında yer alan idarenin sorumluluğu esasında yer alan kuralı aynen benimsemek suretiyle 125. maddesinde “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık” olduğu belirtilmiş ve yine aynı maddenin son fıkrasında “idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” demiştir.⁶⁶ Bunun yanında Anayasanın 19/9. maddesinde; “Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.” hükmüne, 40/2. maddesinde; “Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” hükmüne, 129/5. maddesinde; kamu görevlisinin şahsi kusuru ile verdiği zararlardan idarenin ilk elden sorumlu olduğunu düzenlenmiş ve “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini

⁶³ Esin, a.g.e., s. 20-21.

⁶⁴ Özgüldür, a.g.e., s. 10.

⁶⁵ Topuz, Özkaya, a.g.e., s. 21.

⁶⁶ D.5.D. 24.1.2007 tarih ve E.2005/5627, K.2007/72 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 10 Ağustos 2009.

kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”⁶⁷ hükmüne yer verilmek suretiyle Devletin faaliyetleri sonucu kişilere verdiği zararlardan sorumlu olduğu ortaya konulmuştur.

1982 Anayasası ile idarenin tazmin sorumluluğu konusunda getirilen düzenlemelerin dikkat çeken yönü, Anayasa’nın idarenin sorumluluğuna ilişkin bir hukuki rejim ayrımı yapmadığıdır. Dolayısıyla genel bir düzenleme getirilmiş ve idarenin tüm faaliyetlerine uygulanma yeteneği taşıyan bir tazmin yükümü ilkesi konularak, idarenin geniş anlamda sorumluluğu düzenlenilmiştir.⁶⁸

Bilindiği üzere geniş anlamda anayasa; bir devletin ana kuruluşunu ve bu kuruluşun işleyişini düzenleyen kurallar bütünüdür, dar anlamda anayasa ise; devletin ana kuruluşunu ve bu kuruluşun işleyişini belirleyen resmi bir metin halinde birleştirilmiş olan yazılı bir belgedir.⁶⁹ Bu anlamda anayasa; devletin temel ilkelerini, kurum ve kuruluşlarını, kişilerin ve devletin hak ve ödevlerini içeren temel yasa olup anayasalarda genellikle özelden daha çok temel ilke ve kavramları ortaya koyularak özel düzenlemelere yer verilmez. Bu bağlamda idarenin tazmin sorumluluğu hususunda anayasal plandaki düzenleme, esas olarak kamu gücünün faaliyetleri nedeniyle verdiği zarardan ve zararın gideriminden sorumlu tutulması ilkesine dayanmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu sorumluluğun temeli, dayanağı, koşulları, sorumluluğu azaltan yada tamamen ortadan kaldıran nedenler ve de meydana gelen zararın giderimi gibi esasa ilişkin konularda, anayasada spesifik bir düzenleme getirilmeyerek var olan boşluk idari yargı yerlerince ortaya konulan içtihatlarla doldurulmaya çalışılmaktadır.

⁶⁷ Atay, a.g.e., s.684; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s.116.

⁶⁸ Özgüldür, a.g.e., s.11.

⁶⁹ Hasan Tunç, Faruk Bilir, Anayasa Hukuku Uygulamaları, Örnek Çözümlü Olaylar, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, Ağustos 2005, s. 2.

Anayasamızın 125. maddesinde temelini bulan idarenin sorumluluğu anlayışı, yine Anayasanın başlangıç kısmında ifade edilen her Türk vatandaşının doğuştan sahip olduğu kabul edilen onurlu bir hayat, maddi ve manevi varlığını geliştirme hak ve yetkisinin gerçekleşmesini, onun temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet ilkesi gereğince yararlanmasını ve tüm vatandaşların huzurlu bir hayat talebine hakları olduğunu kabul eden temel ilkelerle desteklenmekte ve bu yolla idarenin tazmin sorumluluğu yalnızca hizmet kusuru ilkesine dayanmamakta kusursuz sorumluluk halleri de ödeme yükümlülüğünün kapsamı içine girmektedir. Yine Anayasanın 2. maddesinde yer alan ve en kısa tanımıyla vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, Devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu sistemi ifade eden⁷⁰ hukuk devleti ilkesi de idarenin sorumluluğu hususuna temel teşkil eden temel bir ilke olarak Anayasada yer almaktadır. Devlet ve insan hakları açısından bakıldığında ise hukuk devleti, devlet ve insan haklarının çağdaş gelişmeler çerçevesinde demokratik bir pota içerisinde dengeleyebilmeyi başarmış devlet demektir.⁷¹ Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devletinin ön koşullarındandır. Nitekim bu yönde, Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmü getirilmiştir.⁷²

Yine kamu gücünün sorumluluğunu sadece hukuk devletine bağlamak doğru bir çıkarsama olmayıp, sosyal devlet kavramının gelişimi de idarenin sorumluluğunun tamamlanması için büyük önem arz etmektedir. Zira kamu

⁷⁰ Tunç, a.g.e., s. 48-49, Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, 2009, s.122; Anayasa Mahkemesi bir kararında, Hukuk Devletini; "insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uyan bir devlet" olarak tanımlamıştır, AYM, 01.02.1996 tarih ve E.1995/20, K.1996/4 sayılı kararı, AYMKD, S. 32, s. 540.

⁷¹ Zuhâl Bereket Baş, "İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Sağlanmasının Aracı Olarak Tam Yargı Davaları", Tam Yargı Davaları, "İdari Yargı" Panel, 11-12 Nisan 2003, Mersin, s.12.

⁷² D.5.D. 24.1.2007 tarih ve E.2005/5627, K.2007/72 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 11 Ağustos 2009.

gücünün hukuka bağlı olması, faaliyetlerinin doğurduğu tüm zararları ödemesini zorunlu kılmaz.⁷³ Anayasanın 2. maddesinde yer alan sosyal devlet; devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören bir anlayıştır. Sosyal devletin en belirgin özellikleri, kişiyi ekonomik hayatta yalnız bırakmayan; kişinin huzur ve refahını gerçekleştirmek, güvence altına almak, sosyal adaleti sağlamak için ekonomik hayata müdahale eden, böylece ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı gerçekleştirip, adaleti, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık onuruna yaraşır bir hayat seviyesi sağlamaya yönelik bir devlet biçimi olmasıdır.⁷⁴ Sosyal devletin sonucu olan olanak ve fırsat eşitliği, devlete tazmin sorumluluğunu yükleyen bir kavramdır. Böylece Anayasamız modern sosyal-hukuk devleti anlayışı içinde kamu gücünü, faaliyetleri nedeniyle vatandaşların uğradığı zararların tazmininden sorumlu tutmaktadır.

Anayasalar gelişen demokratik anlayışa uygun olarak sadece yönetenleri sınırlamakla kalmamış, aynı zamanda yönetilenlerin hak ve özgürlüklerini de sağlayan ve güvence altına alan daha geniş bir çerçeve kazanmıştır.⁷⁵ Esas itibarıyla anayasalar kişisel hürriyetleri korumak amacıyla toplumda olması gereken normları belirleyen ve fertlerin sahip oldukları hak ve hürriyetlerin kullanılmasını sağlayan kurallar bütünüdür.⁷⁶ Bu konuda Anayasanın 12. maddesinde; herkesin, kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu,⁷⁷ 17. maddesinde; herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve yasada yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, 56. maddesinde; Devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde

⁷³ Baş, a.g.m., s.316.

⁷⁴ Tunç, a.g.e., s.40-41.

⁷⁵ Tunç, a.g.e., s. 36.

⁷⁶ Tunç, a.g.e., s. 47.

⁷⁷ Tunç, a.g.e., s. 32.

gücünde tasarruf ve verimi artırmak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği hükme bağlanmıştır.⁷⁸

Diğer yandan yargı kararlarının uygulanmamasında ağır hizmet kusuru bulunan idarenin ortaya çıkan zararı tazminle sorumlu olacağı da yine Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucudur. Nitekim bu husus ile ilgili olarak Anayasanın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin hukuk devleti olduğu vurgulanmakta ve 138. maddesinin son fıkrasında “yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır, bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiç bir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” şeklinde kesin ve buyurucu bir kurala yer verilmektedir.⁷⁹

Görüldüğü üzere Anayasamızda idarenin sorumluluğunun hangi esaslara göre belirleneceği hususu belirtilmemiş, genel olarak bir sorumluluk hali düzenlenmiştir. Bu sorunun çözümü ise doktrin ve yargı kararlarına bırakılmıştır.⁸⁰

III. GENEL OLARAK ZARAR KAVRAMI, ZARAR ÇEŞİTLERİ, ZARARIN ÖZELLİKLERİ VE MADDİ-MANEVİ ZARAR

A. Zarar Kavramı ve Çeşitleri

⁷⁸ D.10. D. 29.4.2008 tarih ve E.2007/3301, K.2008/1939 sayılı kararı, D.D., Y. 2008 sy. 119, s. 329-332.

⁷⁹ D.10. D. 27.2.2007 tarih ve E.2004/13990, K.2007/739 sayılı kararı, D.D. Y. 37, S.116, 2007, s. 304.

⁸⁰ Atay, a.g.e., s. 684.

1. Zarar

Zarar, sorumluluk hukukunda, sorumluluğu doğuran en önemli unsurdur. Ayrıca zarar kavramı ödenecek tazminata mesnet teşkil etmesi bakımından da önemlidir. Pozitif hukukumuzda, Devletin, faaliyetleri sonucu kişilere verdiği zararlardan sorumlu olduğuna dair maddi ve şekli anayasal (m.19/9, 40/2, 125/7, 129/5) ve yasal (İYUK. m.12,36; AYİMK. m.42, 63; 657 sayılı DMK. m.13) düzenlemeler mevcut olmakla beraber, zarar kavramının tanımı ne kamu hukuku ile ilgili yasal ve anayasal metinlerde ve ne de özel hukuk ilişkilerini düzenleyen kanunlarda (BK. , MK.) yapılmış değildir. Zararın kavramının tanımı, doktrin ve yargı organlarına bırakılmış durumdadır.⁸¹

Türk Hukuk Lügatinde zarar şöyle tarif edilmiştir: “Zarar ziyan, kötü bir hale maruz kalma, nefse, mala, fazl-u şerefe arız olan noksandır. Mukabili nef (kar, menfaat)”tir.⁸² Hukuk Sözlüğü’nde ise, zarar, “Kişinin malvarlığında veya manevi varlığında ortaya çıkan eksilme”⁸³; tazmin “ödeme; zararını ödeme; zararını giderme” olarak tarif edilmiştir.⁸⁴

Genel olarak zarar bir eksilmeyi ifade etmektedir. Tanım olarak ise zarar, zarar görenin malvarlığı veya şahısvarlığını oluşturan hukuki değerlerde iradesi dışında meydana gelen azalmadır.⁸⁵ Mal varlığının zarar verici eylem olmasa idi, alacağı durum ile eylem sonucu aldığı durum veya muhtemel durum⁸⁶ arasındaki farktır. Zarar, mal varlığının aktifinin azalmasından, yoksun kalınan kazançtan veya pasifinin artmasından kaynaklanabilir.

⁸¹ Fikret Eren, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Beta Yayınları, 10. Baskı, İstanbul, 2008, s. 427 vd.

⁸² Türk Hukuk Lügatı, Türk Hukuk Kurumu Yayını, 3. Baskı Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991, s. 368.

⁸³ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 897.

⁸⁴ Yılmaz, a.g.e., s. 793.

⁸⁵ Atay, a.g.e., 685; Akyılmaz, a.g.e., s.170; Mustafa Reşit Karahasan, Tazminat Hukuku Maddi Tazminat, Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş Altınca Baskı, Beta, İstanbul, 2001, s. 53.

⁸⁶ Muhsin Tuğsavul, “Cismani Zarar ve Adam Ölmesi Hallerinde Maddi Tazminatın Hesabı”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 23, Sayı:5-1966, s. 852.

Bir varlığın değerinde, o varlığa sahip olan kimsenin isteği dışında meydana gelen eksilme “ zarar “ diye nitelendirilir. Bu anlamda zarar; kişinin isteğine aykırı olarak, hukukça korunan maddi ya da manevi varlıklarının, bunlara yapılan bir tecavüzün meydana gelmesinden sonraki ve önceki durumları arasındaki fark olarak da tanımlanabilir.⁸⁷

Zarar kelimesi, hukukumuzda dar ve geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır: Dar anlamda zarar, maddi zarar kavramını ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu anlamda zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalmadır. Malvarlığının zarar verici fiil olmasa idi bulunacağı durumla fiil sonucu aldığı durum arasındaki fark zararı teşkil eder. Zararı dar anlamda tanımlayan yazarlar, manevi zararı farklı özelliklere sahip ayrı bir durum olarak ele almakta,⁸⁸ şahsiyet haklarına yöneltilmiş hukuk dışı tecavüzler nedeniyle ortaya çıkan manevi zarar adı altında yapılan ödemeleri, zararın tazmini olarak değil, manevi tatmin olarak nitelendirmektedirler.⁸⁹

Bazı yazarlar bir de geniş anlamda zarar kavramını ortaya atmakta ve bu kavrama maddi zarar yanında manevi zararı da dahil etmektedirler. Manevi zarar da bir kimsenin şahsiyet haklarına vaki haksız bir saldırı dolayısıyla duyduğu bedeni ve manevi acı ve ıstırap, hayat zevklerinde bir azalma söz konusudur. Zira varlık kavramı, maddi bir malı, bir şeyi, öte yandan manevi bir şeyi (örneğin şeref, onur, ün, namus, sağlık, ruhsal huzur ve denge) kapsamaktadır.⁹⁰ Böylece geniş anlamda zarar, hukuken himaye edilen maddi ve manevi varlıkların, bunlara yapılan bir saldırının meydana gelmesinden önceki ve sonraki halleri arasındaki fark olarak tarif edilmektedir.

⁸⁷ Karahasan, a.g.e., s. 53-54.

⁸⁸ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Altıncı Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 514.

⁸⁹ Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirmidördüncü Bası, Beta, İstanbul 2010, s. 165.

⁹⁰ Karahasan, a.g.e., s. 53.

Danıştay 12. Dairesinin yaptığı zarar tanımının geniş anlamda olduğu görülmektedir: “ ... Zarar deyimi ise, bir hukuk sujesinin maddi veya manevi varlığında o sujenin isteği dışı ortaya çıkan kayıp ve eksiklikleri ifade eder...”⁹¹

Avusturya, Alman ve Fransız hukuklarında zarar, geniş anlamda zarar olarak anlaşılmakta ve bu, maddi zararı kapsadığı gibi, manevi zararı da kapsamaktadır. Buna karşılık Türk ve İsviçre hukuklarında, doktrin ve uygulamada zarar sözünden, daha çok maddi (mameleki) zarar kavramı anlaşılmaktadır. Ancak, hem kökleşmiş bir deyim olduğu hem de geniş anlamda zararın bir türü olduğu için manevi zarar kavramını kullanmaya devam etmek uygun olacaktır. Ayrıca, zarar kavramını, maddi ve manevi zarar kavramlarını kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanmakla birlikte, açıklık kazandırmak amacıyla zarar türüne göre, zarar kelimesinin başına “ maddi “ veya “ manevi “ sıfatlarını eklemek suretiyle bu kavramları kullanmak yerinde olacaktır.⁹²

Bütün bu tanımlamalardan hareketle idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle mağdur olan kişinin uğradığı her ziyan, her hasar, kısacası her mağduriyetin bir zarar olarak nitelendirilemeyeceği söylenebilir. Mağduriyet kavramı olarak zarar kavramını içine alan daha geniş ve teknik olarak hukuku sonucu olmayan bir kavramdır.⁹³ Kamu gücünün sorumluluğuna yol açan, tazmini gereken mağduriyetler zarar olarak nitelendirilmektedir. Bu anlamda zarar kavramı, mağduriyet kavramından daha spesifik bir anlama ve içeriğe sahiptir denilebilir. İdarenin faaliyetleri nedeniyle kişilerin bünyesinde meydana gelen olumsuzluklar, hatta maddi olarak nitelendirilebilen hasarlar, ancak tazmin sorumluluğu kapsamına girdiği anda zarar adını almaktadır.

⁹¹ D.12.D, 09.11.1978 tarih ve E. 1976/2, K. 1978/7879 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Y. 1979, sy. 34-35, s. 588.

⁹² Kemal Tahir Gürsoy, “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, III Sempozyumu, İÜHFY, No:662, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.112-113.

⁹³ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1177.

Yine, 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2/1-b-c maddesinde belirtilen ve tam yargı davası açabilmenin şartı olan ve tam yargı davalarında sübjektif dava ehliyeti olarak nitelendirilen “hak ihlali” kavramı menfaat ihlalinden daha dar bir anlam ifade etmektedir. Zira “hak” yasalarla korunmakta olan bir menfaat olarak tanımlanmakta olup her menfaat hukuk düzenince korunmamaktadır. Hak kaybının maddi olarak somutlaşmış ve belirgin hali ise zarar kavramını oluşturmaktadır. Sonuç olarak hukuk düzenince korunan menfaat hak kavramını ve de ihlal edilmesi halinde bir tazminat verilmesi zorunlu olan hukuki menfaat ise zarar kavramını oluşturmaktadır. Bu anlamda zarar kavramında somutlaşabilecek surette hak kaybına uğranılması hallerinde, bunun yararların zedelenmesi olgusunu da içeren ancak onu çok aşan bir durum olduğu söylenebilir.⁹⁴

2. Zararın Çeşitleri

a. Mala Verilen Zararlar – Şahsa Verilen Zararlar

Malvarlığı zararı, zarar gören kişinin taşınır ya da taşınmaz mallarına, kısacası tüm malvarlığına yönelmiş olan zararları ifade etmektedir. Malvarlığı zararlarına şeye ilişkin zararlar da denilmekte olup, bunlar eşyanın yok edilmesi, hasara uğratılması, tahribi gibi nedenlerle meydana gelen zararları kapsamaktadır.⁹⁵ Bir otomobilin kaza yapması sonucu hasarlanması, Banka'da sahte belge düzenleyerek bankanın zarara uğratılması, bir evin yanması sonucu ortaya çıkan zararlar bu kapsama girmektedir. Şahısvarlığı zararları ise kişinin beden bütünlüğüne yönelik haksız saldırılar sonucu ortaya çıkan zararları kapsamaktadır. Şahısvarlığı zararları bedensel ihlal (tedavi giderleri, işgücü kaybı, ekonomik geleceğin sarsılması vb.) veya ölüm hallerinde (ölmeden önceki tedavi giderleri, cenaze giderleri, destekten

⁹⁴ Yahya Zabunoğlu, İdari Yargı Hukuku Dersleri, Teksir, (Ders Notları) Ankara, 1982, s. 213.

⁹⁵ Karahasan, a.g.e., s. 68.

yoksun kalma halleri vb.) ortaya çıkabilmektedir.⁹⁶ Bazı yazarlar bu ayrımı haksız fiilin yöneldiği varlığın türüne göre malvarlığı - şahısvarlığı zararları olarak yapmakta, malvarlığı zararlarını, kişinin malvarlığına yönelen saldırılar sonucu ortaya çıkan zararlar olarak, şahısvarlığı zararlarını ise; kişinin maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklarına yönelik haksız fiiller sonucu doğan zararlar olarak nitelendirmektedir.⁹⁷

b. Doğrudan Doğruya Zarar - Dolaylı Zarar – Yansıma Zarar

Doğrudan doğruya zararlar, bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimsenin bu fiil yüzünden kendisinin araya ilave bir sebep girmeden uğradığı zararlardır. Bu zararlar zarar verici fiil ile doğrudan illiyet bağı içerisinde olan zararlardır. Bir kimsenin yaralanması halinde tedavi için yapılan masraflar, bu olay nedeniyle duyulan acı ve üzüntü doğrudan zarardır. Dolaylı zarar ise; hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği zarara bağlı olarak ilave bir sebeple mağdurun uğradığı zarardır.⁹⁸ Yukarıda belirtilen örnekte, söz konusu kişi bu yaralanma sonucu önemli bir iş görüşmesine katılamamışsa bu yüzden uğradığı zarar dolaylı zarardır. Görüldüğü üzere doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımı daha çok illiyet bağıyla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuka aykırı fiilin doğrudan sonucu olan zararlar doğrudan doğruya zararı, dolaylı sonucu olan zararlar ise dolaylı zararı oluşturmaktadır.⁹⁹

Yansıma yoluyla uğranılan zararlar ise; bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimseden başka bir şahsın da bu fiil dolayısıyla uğradığı zararlardır.¹⁰⁰ Hukuka aykırı fiilin yöneldiği kişiler dışında, başka kimselerin de zarara uğraması söz konusu olabilmektedir ki, buna da yansıma zararlar adı verilmektedir. Burada doğrudan mağdurun ölümü ya da o kişinin yardımından

⁹⁶ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1190-1192.

⁹⁷ Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 10. Bası, Ankara 2008, s. 210-211.

⁹⁸ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 516-517.

⁹⁹ Kılıçoğlu, a.g.e., s.212-192; Onar, a.g.e. s. 1723.

¹⁰⁰ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.517.

mahrum kalanların uğradıkları maddi zararlar ve o kişinin ölümünden ya da sakat kalmasından dolayısıyla uğradıkları manevi zararlar söz konusudur.¹⁰¹

c. Fiili Zarar – Kazanç Kaybı Zararı

Bu ayrım, malvarlığının net miktarının doğrudan azalmasından ya da söz konusu malvarlığının çoğalmasına engel olunmasından kaynaklanmaktadır. Hukuka aykırı bir fiil sonucu fiilen mevcut ve gerçekleşen zarar fiili zararı teşkil etmektedir. Buna eylemli zarar da denilmektedir.¹⁰² Örneğin meydana gelen bir trafik kazası sonucu otobüsün tamiri ve eski hale gelmesi için yapılan masraflar bu kapsamdadır.¹⁰³ Yine bir borcun doğumu ya da borcun miktarının artması fiili zarar olarak değerlendirilebilir.¹⁰⁴ Burada zarar malvarlığının aktifini azaltmak veya aktifin çoğalmasına engel olmak suretiyle oluşabileceği gibi, pasifini çoğaltmak veya pasifin azalmasına engel olmak suretiyle de oluşabilir.¹⁰⁵ Kazanç kaybı zararı ise elde edilebilecek bir kazançtan mahrum kalmayı ifade eder. Burada malvarlığı aktifinin çoğalmamış ya da pasifinde azalma olanağının yitirilmiş olması durumu vardır. Malvarlığının zararlandırıcı davranıştan sonraki durumu ile çoğalma olasılığı gerçekleşseydi göstereceği varsayılan durum arasındaki fark, kazanç kaybı zararını oluşturmaktadır. Yukarıda verilen örnekte söz konusu aracın sefere konulamaması nedeniyle uğranılan zarar, bir kişinin yaralanması nedeniyle çay ocağını açamadığı ve çalışamadığı günlerdeki elde edemediği gelir, kazanç kaybı zararını oluşturmaktadır. Yine bir kişi aracının başkası tarafından hasara uğratılması sonucu başka bir aracı kiralamaya devam ederse, bu durumda da malvarlığının pasifinde bir azalma olması biçiminde oluşan kazanç kaybı zararı vardır.¹⁰⁶

¹⁰¹ Gözler, a.g.e., s. 1201.

¹⁰² Karahasan, a.g.e., s. 55.

¹⁰³ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 214.

¹⁰⁴ Karahasan, a.g.e., s.56.

¹⁰⁵ Selahattin Sulhi Tekinay, vd., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beşinci Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985, C.1, s.735; Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 514.

¹⁰⁶ Karahasan, a.g.e., s. 57.

d. Mevcut Zarar – Müstakbel Zarar – Muhtemel Zarar

Mevcut zarar ve müstakbel zarar-muhtemel zarar ayırımı temelde zararın hesap edildiği tarih esas alınması suretiyle yapılmaktadır. Bu anlamda zararın hesap edildiği tarihe kadar gerçekleşmiş olan zarar mevcut zarardır.¹⁰⁷ Mevcut zararlar yani hali hazırda bilfiil gerçekleşmiş olan zararlar, zararın kesinliği şartını tartışmasız olarak taşımaktadırlar.¹⁰⁸

Zararın hesap edildiği tarihte gerçekleşmemiş, fakat başka bir unsur eklenilmesine gerek olmaksızın gerçekleşmesi beklenen zarar ise müstakbel zarardır. Özellikle destekten yoksun kalma tazminatı müstakbel zarar kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.¹⁰⁹ Örneğin devlet hastanesinin bir fiili sonucu çocuk sakat doğmuş ise, bu sakatlık o çocuğa henüz zarar vermese de, söz konusu sakatlık gelecekte büyüyen çocuğun mesleki kapasitesinde bir azalmaya yol açacağından müstakbel zarar kavramı içerisinde değerlendirilecektir.¹¹⁰

Zararın hesap edildiği tarihte gerçekleşmemiş olan, ancak ilave bir riskin gerçekleşmesi halinde doğması ihtimali bulunan zarar ise muhtemel zarar olarak nitelendirilmektedir.¹¹¹ Bu durum daha çok, ortada bir zararın bulunduğu, ancak devamında başka unsurlarında katılımıyla zararın nevinin ve ağırlığının değişmesi durumlarında ortaya çıkmaktadır. Örneğin bir kişinin yaralanması sonucu mevcut bir zarar varken, bu yaralanma nedeniyle geçireceği riskli bir ameliyat sonucu ölme riski bu kapsamda değerlendirilebilir. Burada riskin gerçekleşmesi durumunda muhtemel zararın tazmini söz konusu olacaktır.

¹⁰⁷ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 518.

¹⁰⁸ Gözler, a.g.e., s. 1180.

¹⁰⁹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 518.

¹¹⁰ Gözler, a.g.e., s. 1180.

¹¹¹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 518.

e. Olumlu Zarar – Olumsuz Zarar

Olumlu ya da olumsuz zarar ayrımı, sözleşmelerin ihlali sonucu meydana gelen zararlar için söz konusu edilir, haksız eylem sorumluluğunda böyle bir ayırım gündeme gelmez.¹¹² Genel olarak olumlu (müspet) zarar sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zarardır. Burada alacaklının malvarlığının, edimin yerine getirilmesi halinde ulaşacağı durum ile edimin yerine getirilmemesinden dolayı göstereceği durum arasındaki fark olumlu zararı ifade etmektedir. Olumsuz (menfi) zarar ise; gerçekleşeceğine güvenilen bir sözleşmenin geçersiz olması ya da kurulmasına güvenilen sözleşmenin kurulmaması yüzünden uğranılan zarardır. Burada olumlu zarardan farklı olarak, sözleşmenin gerçekleşmesinden beklenen zarar değil, alacaklının göstermiş olduğu güven zararın dayanağını oluşturmaktadır.¹¹³

B. Zararın Özellikleri

1. Genel Olarak

İdarenin sorumluluğunun doğabilmesi için ilk olarak ortada bir zararın bulunması gerekmektedir. “Zarar olmayan yerde hukuki sorumlulukta yoktur.”¹¹⁴ İdarenin tazmin sorumluluğu için bir zararın doğması ve zararın, idarenin işlem ya da eyleminden kaynaklanması gerekmektedir.¹¹⁵ Kısacası öncelikle idare tarafından zararın karşılama yoluna gidilebilmesi için ortada zarar doğurucu bir tutum ve davranışın bulunması ve bu durumun idareden kaynaklanması gerekmektedir.¹¹⁶ Ancak idare tarafından tazmini gereken zararın da bir takım özellikler taşıması gerekeceği tabidir. Kamu gücünün sorumluluğu ve tazmin yükümlülüğü ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan zarar kavramının tanımı ve türleri ortaya konulduktan sonra, zarardan kim ya

¹¹² Eren, a.g.e. s. 48.

¹¹³ Karahasan, a.g.e., s. 64-65.

¹¹⁴ Eren, a.g.e., C.1, s. 487.

¹¹⁵ D.10.D. 10.10.2007 tarih ve E.2005/2359, K.20074631 sayılı kararı, D.D. Y..38, S.118, 2008, s. 330-331;

¹¹⁶ Baş, a.g.m., s. 373.

da kimlerin sorumlu olduğu, kim ya da kimlerin uğradığı zararın giderim kapsamında olduğu, tazmini gereken zararın nelerden oluştuğu, kısacası “tazmini gereken zararın kapsamını” incelemeyen önce idarenin tazmin sorumluluğunu doğuran zararın taşınması gereken özelliklerin ortaya konulması yararlı olacaktır. Zararın tazmin edilebilmesi, yani idareyi tazminle sorumlu tutabilmek için zararın bir takım şartları ihtiva etmesi gerekmektedir. İlk olarak zarar gerçekleşmiş ve kesin olmalı, ikinci olarak zarar hukuken korunan bir menfaatin ihlali olarak ortaya çıkmış bulunmalı, üçüncü olarak parayla ölçülebilir nitelikte olmalı ve de son olarak zarar özel bir nitelik taşımamalıdır. Zararın bulunmaması ya da belirtilen nitelikleri taşınamaması halinde idareyi tazmin borcu ile sorumlu tutmak söz konusu olamayacaktır.

2. Zarar Gerçekleşmiş ve Kesin Olmalıdır

İdarenin tazmin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için ortada gerçek bir zararın bulunması gerekmektedir.¹¹⁷ Bilindiği üzere zarar, idarenin davranışı nedeniyle bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında oluşan azalmadır. Tazmin borcunun doğması için zararın mevcut, malûm ve muayyen olması, mağdurun fiilen zarara uğramış bulunması lâzımdır.¹¹⁸ Bu bağlamda güncel yani halihazırda gerçekleşmiş olan zararların tazmini gerektiği hususunda bir duraksama bulunmamaktadır. İdarenin tazmin sorumluluğunun bir şartı olarak gerçekleşmiş bir zararın varlığının aranması idare hukukunda sorumluluğun müeyyidelendirici değil tazmin edici bir sorumluluk olmasından kaynaklanmaktadır. Yani idari sorumluluğun amacı idareyi cezalandırmak değil ortaya çıkan zararı gidermektir.¹¹⁹ Aynı zamanda İdarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, mağdurun iddia ettiği zararın kesin olması gerekir. Buna zararın kesinliği şartı da denilmektedir. Zararın bilfiil gerçekleşmiş olması ya da gelecekte gerçekleşeceğinin kaçınılmaz olması gerekmektedir, zararın doğma olasılığının bulunması sorumluluk için yeterli

¹¹⁷ D.2.D. 10.2.2009 tarih ve E.2007/3616, K.2009/1531 sayılı kararı.

¹¹⁸ Onar, a.g.e., C.III, s. 1716.

¹¹⁹ Atay, a.g.e., 688; Gözler, a.g.e., C. II, s. 1179.

olmamaktadır.¹²⁰ Nitekim bir Danıştay kararında; idare yönünden tazmin borcunun doğabilmesi için, sadece zararın varlığı yeterli olmayıp, bu zararın kesin olarak ortaya çıkmış, miktar olarak belirgin, yani gerçek zarar olması gerektiği belirtilmiştir.¹²¹

Zararın gerçekleşmiş ve kesin olması şartı maddi zarar açısından ayrı bir önem arz etmektedir. Zira maddi zararın giderimi için hükmedilen maddi tazminat kişinin gerçek zararlarını kapsayacağından ortada güncel, mutlak ve kesin olarak hesabı mümkün bir zarar bulunmalıdır.¹²² Ortada gerçek ve kesinleşmiş bir zarar olmadan sorumluluk iddiasında bulunulması kabul edilebilir olmayacaktır.¹²³ Ancak zararın gerçekleşmiş ve kesin olma niteliği gelecekte doğacak zararların hiçbir şekilde tazmin edilmeyeceği anlamına gelmemektedir.¹²⁴ Gelecekte oluşan zararın kesin olması hali bu şarta

¹²⁰ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1180.

¹²¹ D.10. D'nin 16.04.2002 tarihli ve E.2000/4568, K.2002/1093 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 852-854.

¹²² Güran, a.g.m., s. 155.

¹²³ İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nin 30.12.2009 tarih ve E.2008/114, K.2009/2148 sayılı kararına konu olayda; İstanbul ili, Beykoz İlçesi, Kavacık Mahallesi, Mihrabat mevki 21 pafta, 521 ada, 180 sayılı taşınmazın maliki olan davacı tarafından, bitişik 179 sayılı parselde izinsiz inşaat yapıldığı ve ilgili kurumların yazılı müracaatına rağmen söz konusu binanın yapımına göz yumularak hizmet kusuru işlendiğinden bahisle 25.000 TL maddi, 10.000 TL manevi olmak üzere toplam 35.000 TL tazminatın ödenmesi istemiyle dava açılmış, Mahkeme davanın maddi tazminata ilişkin kısmı bakımından, "İdarenin hizmet kusuru sabit olmakla birlikte, davacı tarafından uğranıldığı ileri sürülen zararı kaçak bir yapı nedeniyle kendi binasının şimdi ve gelecekte uğradığı değer kaybı oluşturmaktadır. Bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere imar mevzuatı ve plan koşullarına uyulmadan yapılan yüksek katlı kaçak yapı nedeniyle gerek artan nüfus yoğunluğu, çevre kirliliği nedeniyle, gerekse kamu hizmetlerinin paylaşımında meydana gelen dengeyi bozması nedeniyle çevresinde bir takım zararlar oluşturduğu bir gerçektir. Ancak olayda davacının talep ettiği maddi tazminat ruhsatsız yapı nedeniyle binasında meydana gelen değer kaybı olup, bu zarara neden olan yapı kaçaktır, dolayısıyla sürekli olarak varlığını sürdürmesinin kabulü mümkün değildir. Yani hukuka aykırı bir fiil nedeniyle söz konusu fiilin sürekliliğinin kabul edilmesinin mümkün olmadığı, kaçak yapının mutlak suretle yıkımla izale edilerek hukuka aykırılığın kaldırılmasının gerekeceği de tartışmasızdır. Özellikle hukuka aykırı bir oluşumun kalıcı olarak varlığını sürdürmesinin ve de bu yolla kalıcı bir zararın oluştuğunun kabulü Mahkemeler açısından mümkün değildir. Yıkılması gereken binanın ekonomik değerinden söz edilmesi mümkün olmadığı gibi, bu yapı nedeniyle oluşan zararın da kalıcı olduğundan söz edilmesi de mümkün değildir. Bu durumda olayda, zarar oluştuğu belirtilen yapının yıkımı bu güne kadar gerçekleştirilmeyerek idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açık olmakla birlikte, davacı tarafından meydana geldiği belirtilen değer kaybı zararının kaçak binanın yıkılmasıyla izale edileceği, bu nedenle de kalıcı bir zararın varlığından yani gerçekleşmiş ve kesinleşmiş bir zararın varlığından söz edilemeyeceğinden maddi zarar isteminin reddi gerektiği sonucuna varılmıştır." diyerek maddi tazminat talebini reddetmiştir.

¹²⁴ "İdarenin tazminle yükümlü tutulması, ancak bir maddi zararın ortaya çıkmış, belirgin hale gelmiş maddi zararın varlığı halinde mümkündür. Kişinin isteği dışında maddi varlıklarında meydana gelen kayıp ve eksikliklerle, çoğalma olanağından yoksun olarak tanımlanan maddi zarar, henüz kesin

getirilen yegâne istisnadır.¹²⁵ Bu gibi hallerde yalnız uğranılan zarar değil ileride doğacak zarar da dikkate alınır. Zararın varlığına hükmedebilmek için, malvarlığında meydana gelen azalmanın mutlaka dava tarihinde gerçekleşmiş olması gerekmez; hayat deneyimlerine göre gelecekte doğacağı normal olarak kabul edilebilen maddi kayıplar da tazminat talebine esas olabilir, özellikle hayat ve beden bütünlüğüne karşı işlenen haksız fiiller, zarar verici etkilerini, çoğu zaman, dava tarihinden sonra meydana getirebilirler.¹²⁶ Bu durumda oluşan zarar muhtemel bir zarar değil, belli ve gerçek bir zarardır.¹²⁷ Özellikle idarenin kusuru nedeniyle tazmin sorumluluğuna hükmedilen hallerde “gerçekleşmiş ve kesin zarar” unsurunu nedensellik bağıını esnek tutan bir yorumla değerlendirmek sorumluluk hukuku açısından önem taşımaktadır. Örneğin, doğum sırasında çocuğun kolunun sakat kalması halinde, söz konusu sakatlığın çocuğun gelecekteki mesleki kapasitesini etkilemesi durumunda meydana gelen zararın tazmini gerekmektedir. Yine destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilirken de ileride gerçekleşeceği kesin zararlar göz önünde bulundurulmaktadır.

O halde, tazmin sorumluluğu saptanan idare için tazminatın kapsamını, olay anında, madde aleminde, tamamen idari tasarrufun yol açtığı, sebep olduğu, fiilen doğmuş zararlar ile, olayın uzantısı olarak ileride doğması kesinlik taşıyan gerçek zararlar oluşturmaktadır.¹²⁸

Nitekim Danıştay Onuncu Dairesi'nin 18.Şubat 1998 tarih ve E.1996/4835, K.1998/703 sayılı kararına konu teşkil eden olayda Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu kreşine bırakılan 5 yaşındaki kız çocuğunun sıcak su taşıyan bakıcı anneye çarpışarak vücudu kısmen

olarak ortaya çıkmamış, belirgin hale gelmemiş ise, bu aşamada idarenin tazmin yükümlülüğüne gidilmesine olanak bulunmamaktadır. Ancak, bu durumda, ileride maddi zarar gerçekleştiğinde açılacak davada idarenin tazminle yükümlü tutulmasına engel oluşturmamaktadır. ...” (D.10.D., 16.9.2005 tarih ve E.2004/4147, K.2005/5012 sayılı kararı, Atay, a.g.e., s. 689, 690).

¹²⁵ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 151.

¹²⁶ Tekinay, “v.d.”, a.g.e., s. 751

¹²⁷ Gözübüyük, a.g.e., s. 317.

¹²⁸ Akyılmaz, a.g.m., s. 177.

yanmıştır. Açılan tazminat davasında İdare Mahkemesi, çocuğun genel çalışma gücünü %13 oranında kaybettiğini tespit ettikten başka; “davacının yaşı ve belirlenen işgücü kaybı dikkate alındığında evlenme şansının azaldığı ve meslek grupları sayısının sınırlandırılmasının kabulü zorunlu olduğundan belirtilen nedenle uğranılan zararın tazmini gerektiğine” karar vermiş ve bu karar Danıştay Onuncu Dairesi tarafından onanmıştır.¹²⁹

Bu bakımdan gelecekte gerçekleşmesi kesin olmayan, sadece bu konuda bir ihtimal bulunan zararlar idarenin sorumluluğuna yol açmazlar. Bu tür zararlar muhtemel veyahut da olası zararlar olarak nitelendirilmektedir. Muhtemel ve olası zararlar tazmin borcunun kapsamı dışında tutulmuşlardır.¹³⁰ Ancak bu durumda gerçekleşmiş zarar - muhtemel zarar ayrımını, aralarında kesin çizgiler çizerek değil, koşullar izin verdiğiince birbirini tamamlayan, birbirinin uzantısı unsurlar olarak yapmak yararlı olacaktır. Bu durum gerçek zarar kavramının boyutlarının belirlenmesinde ve sınırlarının daha sağlıklı olarak çizilmesinde yardımcı olacaktır.¹³¹

Diğer yandan muhtemel zarar niteliği taşımayıp “ciddi şans kaybı” niteliğinde olan zararların gerçekleşmiş ve kesin bir zarar olarak görülüp, idarenin tazmin sorumluluğuna hükmedileceği kabul edilmektedir. Örneğin Fransız Danıştay’ı idarenin aldığı bir karardan veya karar almamasından veya idarenin gecikmesinden dolayı bir kişinin sınavı başarma, özel ya da kamusal bir işe girme veya belirli bir para kazanma şansını kaybetmesi durumlarında zararın kesinliği şartının gerçekleştiğine karar vermiş ve idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir. Ancak Fransız Danıştay’ı içtihatlarına göre herhangi bir şans kaybı tazminat hakkını doğurmayacak, ancak bu şans kaybının “ciddi” nitelikte olması durumunda idarenin tazmin sorumluluğuna hükmedilecektir. Bu ise her somut olayın özelliğine göre değerlendirilecek

¹²⁹ D.10. D’nin 18.02.1998 tarih ve E.1996/4835, K.1998/703 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, s. 1191.

¹³⁰ Baş, a.g.m., s. 71.

¹³¹ Güran, a.g.m., s. 158.

olup, gerek sorumluluk hususu, gerekse zararın miktarının tespiti hususu pratikte birçok güçlüğe yol açacaktır.¹³²

Danıştay tarafından, tazmini gereken bir zarardan söz edilebilmesi için zararın gerçekleşmiş olması ya da gerçekleşeceğinin kesin olması gerektiği belirtilerek, gerçekleşmesi olası bulunan zararların tazmin sorumluluğu doğurmayacağı kabul edilmekte¹³³, ortada belli ve kesin bir zarar olmamakla birlikte, kişinin belli bir pozisyonda olmasından kaynaklanan şans kaybını da dikkate alınmamaktadır. Örneğin, bir Danıştay kararında; idari işlemler nedeniyle, davacının atının 1984 yılında yarışlara katılması halinde elde edeceği derecelerle kazanacağı belirtilen tutarın tazmini istemiyle açılan davada; istenen miktarın ihtimale dayalı olduğu, muhtemel ve tahakkuk etmemiş zarar olduğu, gerekçesiyle açılan tazminat davası reddolunmuştur.¹³⁴

Danıştay kararlarında, zararın kesin olarak doğmuş ve güncel olması veyahut da gerçekleşme olasılığının çok güçlü ve kaçınılmaz olması gerekliliği vurgulanmaktadır.

Danıştay Onikinci Dairesi'nin 06.11.1971 tarih ve E.1969/1774, K.1971/2479 sayılı kararına konu teşkil eden olayda bir kişi çeltik tarlasının yanında inşa edilen kanaldan su sızdığı ve yaz boyunca bu sızan sudan zarara uğrayacağı iddiasıyla açtığı tazminat davasında, Danıştay “davacı ileride vukua gelmesi muhtemel zararı dava etmekte” olduğu, “ihtimale dayalı müstakbel zararların dava edilemeyeceği” gerekçesiyle vakitsiz açılmış olan bu davayı reddetmiştir.¹³⁵

¹³² Gözler, a.g.e., C. II, s. 1181-1182.

¹³³ D.10. D'nin 16.6.1997 gün ve E: 1996/3003 K:1997/2398 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 348.

¹³⁴ D.10. D'nin 15.9.1990 gün ve E: 1987/1324 K:1990/278 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, s. 1183.

¹³⁵ D.12.D.'nin 06..11.1971 tarih ve E.1969/1774, K.1971/2479 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, s. 1182.

Yine bir Danıştay kararında, radyoloji öğretim üyesi olan davacının özel tetkik ve muayene yapmasının yasaklandığı, bu işlemin kesinleşen idare mahkemesi kararı ile iptal edilmesi nedeniyle uğradığı zararın tazmini istemiyle açtığı davada, İdare Mahkemesince davacının tazminat istemi kısmen kabul edilerek idare tazminle sorumlu tutulmuştur. Söz konusu kararın temyizi üzerine yapılan incelemede, Danıştay Sekizinci Dairesi “... davacının 50 günlük süre içerisinde ne kadar özel muayene ücreti alabileceğinin kesin olarak bilinmesi mümkün olmadığından, ortada somut ve gerçekleşmiş zararın bulunduğu söz edilemez. Dolayısıyla ihtimal ve varsayıma dayalı bir hesaplama ile tazminata hükmeden mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir. ...” gerekçesiyle bozmuştur.¹³⁶

Danıştay Onuncu Dairesi’nin 31.10.1996 tarih ve E.1995/37, K.1996/6551 sayılı kararına konu teşkil eden olayda; ihalenin iptali yolundaki işlemin yargı kararıyla iptal edildiğinden bahisle, inşaata geç başlanması nedeniyle oluşan zararın tazmini istemiyle dava açılmış, İdare Mahkemesince olayda maddi zararın hangi zarar unsurlarını kapsadığı ve paraca karşılığının nasıl hesaplandığı kesin olarak saptanmadığı gibi, iddia edilen zararın davalı idarenin hangi idari faaliyetinden doğduğu ve nasıl gerçekleştiği, diğer bir ifade ile zarar ile idari fiil arasında doğrudan bir ilişkinin nasıl kurulduğu saptanmamış olduğundan, davacının tazminat istemi reddolunmuştur. Söz konusu kararın temyizi üzerine Danıştay Onuncu Dairesi tarafından; “davacının ihalenin iptal edilmesinden dolayı gerçekleşmiş bir zararının doğup doğmadığı noktasında toplanmakta olup, ihalenin iptali yolundaki işlemin yargı kararıyla iptal edildiğinden bahisle, inşaata geç başlaması nedeniyle davacının uğradığını ileri sürdüğü zararı; idare hukuku ilkelerine göre belli ve gerçekleşmiş, özel nitelikte bir zarar” olmadığı belirtilerek gerekçeli olarak onanmıştır.¹³⁷

¹³⁶ D.8.D.’nin 18.11.1997 tarih ve E.1995/376, K.1997/3431 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 15 Ağustos 2009.

¹³⁷ D.10.D.’sinin 31.10.1996 tarih ve E.1995/37, K.1996/6551 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 15 Ağustos 2009.

Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 22.11.1988 tarih ve E.1988/72, K.1988/911 sayılı kararına konu teşkil eden olayda, üniversite beşinci sınıf öğrencisi olan davacıya belli bir süre okuldan uzaklaştırma disiplin cezası verilmiş, davacı tarafından bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın iptal ile sonuçlanması üzerine, bu ceza nedeniyle stajını tamamlayamadığı ve mezun olamadığından uğradığı zararın tazmini istemiyle açtığı dava, “ortada gerçekleşmiş ve gerçekleşmesi kesin bir zarar söz konusu olmadığı” gerekçesiyle reddedilmiştir.¹³⁸

Danıştay'ın zararın gerçekleşmiş ve kesin olması şartını dar yorumlama eğiliminde olduğu görülmektedir. İdarenin tazmin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için gerçekleşmesi muhtemel zararlar dikkate alınmamaktadır. Örneğin inşaatın durdurulmasından dolayı kardan yoksun kalmayı, Danıştay, doğmamış bir zarar saymaktadır. Kardan yoksun kalmada yönetimin zarar verici işlem ya da eylemi, mal varlığına dokunmamakla beraber mal varlığının çoğalmasına engel olmaktadır. Bu takdirde zarar bir kar kaybından ibarettir. Danıştay'ın bu gibi durumları dikkate alması gerekmektedir.¹³⁹

Ancak, Danıştay kararlarında genel yaklaşım, gelecekteki zararların kural olarak tazminat istemine konu olmayacağı yönünde olmakla birlikte gelecekte meydana geleceği kesin olan, zarar doğurucu olayın uzantısı niteliğini taşıyan destekten yoksun kalma nedeniyle uğranılan zararların ise tazminat istemine konu olacağını kabul edilmektedir.¹⁴⁰

¹³⁸ D.8.D.'sinin 22.11.1988 tarih ve E.1988/72, K.1988/911 sayılı kararı, (Gözler, age, C. II, s. 1183), aynı yönde “Yerleşmiş bulunan Danıştay İçtihatlarına göre, disiplin cezası verilmemiş olsa bile bir öğrencinin yükseköğretim kurumundan normal öğretim süresi içerisinde mezun olup olamayacağı veya normal öğretim süresi içerisinde mezun olunması halinde kazanç getirici bir iş temini gibi hususlar ihtimal dahilinde olduğundan, davacının yükseköğretim kurumundan bu disiplin cezası nedeniyle geç mezun olduğu veya bu yüzden kazanç kaybına uğradığı iddiası bir varsayımdan ibaret olup, bu faraziyenin dışında somut olarak gerçekleşmiş bir maddi zarardan bahsedilmemektedir.” (İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nin 17.07.2007 tarih ve E.2004/3270, K.2007/1801 sayılı kararı).

¹³⁹ Gözübüyük, a.g.e., s. 318.

¹⁴⁰ Esin, a.g.e., s. 214.

Diğer taraftan, mevcut gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği kesin nitelikteki bir maddi zararın ayrıca kural olarak hesabı mümkün bir zarar olarak ortaya çıkması gerekir. Kesin ve hesabı mümkün olmayan zararları tazmini yoluna gidilemez. Muhtemel ve hesabı mümkün olmayan zararlar tazmin borcu doğuramazlar.¹⁴¹ Ancak Danıştay bir kararında; “ortada kesin olarak hesabı mümkün bir zararın varlığından bahis mümkün olmamakla birlikte, davacıya ika edilen zararlar karşılığında takdiren... lira maddi tazminata”¹⁴² hükmetmiştir.

Bu konuda maddi zarar açısından ele alınması gerekli olan diğer bir husus ise; davacı tarafından talep edilen tazminatın esasını teşkil eden maddi zararın inandırıcı ve zararın miktarını tayine yeterli belgelerle ispatlaması gerekmektedir. Tam yargı davalarının niteliği gereği uğranıldığı ileri öne sürülen zararlar öncelikle davacılar tarafından tanımlanıp, belirlenmekte olup,¹⁴³ burada tazminatın tespiti hususunda dayanılan delillerin önemi büyüktür. Zararın ve tazminat miktarının kolay ve doğru bir şekilde belirlenebilmesi için, uğranıldığı ileri sürülen maddi zararın kabul edilebilir, yani gerçek zararı tayine yeterli, inandırıcı belgelerle belgelendirilmesi gerekir.¹⁴⁴ Nitekim Danıştay bir kararında; davacının uğradığı zararın hizmet kusuru bulunan idarece tazmini gerektiği belirtildikten sonra, “ancak davacının Mahkemece verilen ara kararına karşı maddi zararlarını karşılayan herhangi bir belge sunmadığı için” maddi zararların tazminine olanak görülmediği yönünde karar vermiştir.¹⁴⁵ Yine bir Danıştay kararında zararın miktarının davacı tarafından belgelerle kanıtlanamadığı gerekçesiyle maddi zararın tazmininin hukuken mümkün olmadığı yönünde karar verilmiştir.¹⁴⁶

¹⁴¹ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 154.

¹⁴² DDDGK, 24.04.1970 tarih ve E.1968/215,K.1970/298 sayılı kararı, Esin, a.g.e., s. 313.

¹⁴³ D.10. D’nin 26.06.2001 gün ve E: 1999/3262 K:2001/2770 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 876-878.

¹⁴⁴ Akyılmaz, a.g.m., s. 195.

¹⁴⁵ D.10. D’nin 29.04.1998 gün ve E: 1996/8578 K:1998/1734 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 47-48.

¹⁴⁶ D.10. D’nin 16.6.1997 gün ve E: 1996/3003 K:1997/2398 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 348.

Ancak bu durum 2577 sayılı Kanunun 20. maddesinde ifadesini bulan resen araştırma ilkesini anlamsız kılmayacaktır.¹⁴⁷ Zira söz konusu Kanun maddesinde idare Mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ilişkin her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacağı hükme bağlanmıştır. Bu ilke tam yargı davalarında, özellikle sorumluluğun tespiti ve taraflarca ileri sürülen iddia ve ortaya konulan delillerin araştırılması ile ilgili olarak karşımıza çıkar.¹⁴⁸ Resen araştırma ilkesi gereğince, ispat külfetinin sadece davacı tarafa yükletilmesi kabul edilebilir bir durum olmayacaktır. Bu durum tazminat davalarında maddi olayın ortaya konulması ve kusurun varlığının tespiti açısından tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Ancak hâkim maddi olayı araştıracağı gibi, olay nedeniyle meydana gelen zararı da tarafların nitelemesiyle bağlı kalmaksızın ortaya koyacaktır. Davacı tarafından, idarenin bir faaliyeti nedeniyle meydana gelen zararın, nelerden oluştuğu belirtilerek, zararın miktarını belirleyen bilgi ve belgeler ortaya konulduktan sonra, hakim tarafından zararın varlığı ve miktarı resen araştırma ilkesi uyarınca tespit edilecektir. Örneğin desteğin geliri,¹⁴⁹ zarara uğrayan aracın piyasa değeri, zarar uğrayan koyunların piyasa değeri, zeytinlerin piyasa değeri, onlar için yapılacak masrafı araştıracaktır. Bu bağlamda tam yargı davalarında yargı yeri, hem olayın maddi yönünü, yanı zarar doğuran fiilleri, hem de bundan çıkması muhtemel hukuki sonuçları tespit etmelidir. Tam yargı davalarında yargı yerlerinin, araştırma, inceleme ve hüküm verme yetkisi, bu yönüyle iptal davasına göre çok daha geniştir.¹⁵⁰ Buna karşın savunma ve karşı savunmaların davayı etkileyebilmesi için delillerin ve belgelerin en iyi şekilde

¹⁴⁷ “2577 sayılı Kanunun 20. maddesinin birinci fıkrasında hüküm altına alındığı üzere; idare mahkemeleri bakmakta oldukları davalara ait incelemeyi kendiliklerinden (re’sen araştırma ilkesi) yaparlar. Dolayısıyla bu ilkeden hareketle tam yargı davalarında yargılamayı yapmakta olan mahkeme maddi zarara ilişkin tutarı saptamak durumundadır.” (D.8.D., 06.02.2009 tarih ve E.2008/9642, K.2009/861 sayılı kararı).

¹⁴⁸ “Tazminat istemiyle açılan davada hizmet kusuru, kusursuz sorumluluk veya sosyal hasar kuramlarının uygulanabileceği koşulların olup olmadığının ise idari yargı yerince re’sen inceleme yetkisi de kullanılarak saptanması zorunlu bulunmaktadır.” (D.10.D., 11.11.1992 tarih ve E.1990/361, K.1992/3943 sayılı kararı, Akyılmaz, a.g.m., s. 196).

¹⁴⁹ D.10.D. 06.02.1996. gün ve E:1994/7997, K:1996/333 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 1006.

¹⁵⁰ D.10. D. 29.4.2008 tarih ve E.2007/3301, K.2008/1939 sayılı kararı, D.D., Y. 2008 s. 119, s. 329-332.

ortaya konulması ve böylece mahkemeye yardımcı olunması gerekir. Ancak zarar gören tarafın, uğradığı maddi zararı ispat edecek belgeleri temin edememiş ya da zamanında temin etmemiş olması durumunda ise idari yargı yeri, şartları değerlendirmek suretiyle uygun bir tazminatı takdir etmek yoluna gidecektir.¹⁵¹

Nitekim; sağ göğsünde oluşan tümörün alınması için yapılan ameliyat sırasında göğsünde sargı bezinin unutulması nedeniyle davacının %60 oranında işgücü kaybına uğradığı, işten el çektirildiği ve emekli aylığı bağlandığı, olayda idarenin hizmet kusuru bulunduğu iddiasıyla 650.000.000 lira maddi ve 150.000.000 manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte davalı idareden tazmini istemiyle açılan davada; idare Mahkemesince “...ancak davacının maluliyetinin sargı bezinin unutulmasından ileri geldiğini gösteren bir bilgi ve belgeye dosyada rastlanılmadığı, bir başka deyişle, davacının maluliyet nedeniyle emekli edilmesinin kesin olarak sargı bezinin unutulmasından ileri geldiğini kanıtlama görevinin davacıya ait olduğu, talep edilen maddi tazminat miktarı kesin belgelerle davacı tarafından kanıtlanamadığından maddi tazminat talebinin yerinde görülmediği” gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen karar, Danıştay 10. Dairesinin 18.11.1996 tarihli ve E.1995/2672, K.1996/7638 sayılı kararı ile, “...İdari Yargı yerlerinin, idarelerin yargısal denetimini re’sen inceleme yetkilerini kullanarak yapmaları zorunlu olup, İdari davalarda re’sen inceleme yetkisi kullanılmayıp, ispat külfetinin sadece davacı tarafa yükletilmesi kabul edilemez. ...resen araştırma ilkesi uyarınca davacının geçirdiği ameliyat, bu ameliyatta yapılan hata, bu hatanın neden olduğu enfeksiyon ve maluliyete ilişkin tüm bilgi ve belgeler yetkili makamlardan alınacak bilgiler çerçevesinde değerlendirilerek ve gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırılarak maluliyetin %60 olarak belirlenmesinde ameliyatta unutulmuş sargı bezinin etken olup olmadığının saptanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği ...”

¹⁵¹ Akyılmaz, a.g.m., s. 196.

gerektiği belirtilerek eksik inceleme nedeniyle maddi tazminat isteminin reddine ilişkin kararı bozmuştur.¹⁵²

Ancak Danıştay'ın bazı durumlarda önüne gelen davanın özelliklerine göre zararın varlığının ve miktarının kesin olarak belgelendirilmesinin mümkün olmaması halinde bunu takdiren saptama yoluna gittiği de görülmektedir. Nitekim Danıştay Altıncı Dairesi'nin 24.12.1992 tarih ve E.1991/1598, K.1992/5169 sayılı kararına konu teşkil eden olayda, 8 parsel sayılı taşınmaz için düzenlenen inşaat ruhsatının iptaline ilişkin işlemin iptali ve yeni inşaat yapılmak üzere mevcut evin inşaat ruhsatı alındıktan sonra yıktırılması nedeniyle uğranıldığı öne sürülen zarar ve yapılan masraf karşılığı tazminata hükmedilmesi istemiyle dava açılmış, idare Mahkemesince yıkılan evin değerine ilişkin herhangi bir belge ibraz edilemediği gerekçesiyle bu kısma ilişkin olarak tazminat isteminin reddine karar verilmiş, bu kararın temyizi üzerine Danıştay “davacının 8 parsel sayılı taşınmazı için 17.6.1986 günlü, 2/14 sayılı inşaat ruhsatını alarak inşaata başlamak üzere davalı idarenin izniyle evini yıktığı, hafriyata başladığı sırada inşaat ruhsatının imar mevzuatına aykırı olarak verildiği gerekçesiyle iptal edildiği anlaşılmış olup, buna göre davacının davalı idarece hatalı olarak verilen inşaat ruhsatı nedeniyle evini yıkması sonucu zarara uğradığı açık olduğundan ve bu şekilde oluşan zararı belgelendirmesi de beklenemeyeceğinden İdare Mahkemesince belirtilen zararın takdiren ve maktuen tazminine karar verilmesi” gerektiğini belirterek kararı bozmuştur.¹⁵³ Başka bir Danıştay kararında; “Zarar miktarına gelince; Maddi tazminat miktarının saptanması için bilirkişi incelemesi yaptırılması yolundaki görüş kabul edilmeyerek, tazminat miktarına kurulca takdiren hükmedilmesine” karar verilmiştir.¹⁵⁴

¹⁵² D.10. D'nin 18.11.1996 tarihli ve E.1995/2672, K.1996/7638 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 360-362.

¹⁵³ D.6.D. 24.12.1992 tarih ve E.1991/1598, K.1992/5169 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 15 Ağustos 2009.

¹⁵⁴ D.10.D. 07.03.1985 tarih ve E.1982/3584, K.1985/455, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 15 Ağustos 2009.

Yine bir Danıştay kararında “...her ne kadar davacı, karısının dokuma yolluk yaparak günde net ... lira gelir temin etmekte olduğunu, öldüğü zaman 60 yaşında olup, en az 5 sene daha yaşasaydı... lira gelir elde edecek olduğunu, bu miktardan mahrum kaldığı gibi, para ile yaptırmak zorunda bulunduğu bazı ev işleri için de ... lira zararı olduğunu ileri sürerek ... lira maddi tazminat talep etmekte ise de; mahrum kaldığı gelir için herhangi bir vesika ibraz edemediği cihetle takdiren ... liranın maddi tazminat olarak...” ödenmesine hükmetmiştir.¹⁵⁵ Bir başka Danıştay kararında “...Ancak davacının dava tarihine kadar, Danıştay kararının uygulanmaması sebebiyle ortaya çıkan zararının miktarını kesin olarak belirlemek mümkün değildir. Bu nedenle davacıya takdiren ve maktuen...” tazminata hükmedilmesine karar verilmiştir.¹⁵⁶

Meydana gelen zararın miktarının tespit edilemediği ya da zararın miktarının çok düşük olması nedeniyle bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek görülmediği bazı durumlarda ise; Danıştay’ın zarar miktarını davacının iddia ettiği kadar olduğunu varsayarak; istem gibi tazminata hükmettiği görülmektedir. Nitekim bir Danıştay kararında; “davacı tarafından tazmini istenilen maddi zarar miktarının çok düşük olması nedeniyle kurumumuzca bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek görülmeyerek, dava konusu olay sonucunda uğranılan zararın istem gibi olduğuna” karar verilmiştir.¹⁵⁷ Yine Danıştay Onuncu Dairesi’nin 24.1.1985 tarih ve E.1982/4414, K.1985/101 sayılı kararına konu teşkil eden olayda, Askeri Yasak Bölgeye girmesi nedeniyle vurularak öldürülmesi sonucunda, uğranıldığı öne sürülen zararın tazminen tahsili istemiyle açılan davada, idare Mahkemesince zararın gören kişinin kendi eyleminden doğması ve zararda idari eylem arasında nedensellik bağı bulunması nedeniyle dava reddolunmuş, bu kararın temyizi üzerine Danıştay; olayda idarenin hizmet kusuru bulunduğu belirtilerek, “Atların öldürüldüğü askeri yasak bölgeye keşif için gidilmesine karşın,

¹⁵⁵ D.11.D., 11.12.1974 tarih ve E.1974/2247, K.1974/2404 sayılı kararı, D.D., S.18-19, s. 611.

¹⁵⁶ D.5.D., 19.10.1977 tarih ve E.1976/7868, K.1977/4684 sayılı kararı, D.D., S.30-31, s. 221.

¹⁵⁷ D.10.D. 24.1.1985 tarih ve E.1982/4414, K.1985/101 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 20 Ağustos 2009.

zararın tespiti için geçiş yapılamadığı anlaşılmakla, meydana gelen zararın istem gibi olduğunun kabulü gerekir.” diyerek bozmuştur.¹⁵⁸

Gerçek zararı; idari eylemin meydana geldiği an itibariyle uğranılan ve tespit edilebilen zarar tutarı oluşturmaktadır. Ancak idari eylemin gerçekleştiği an itibariyle meydana gelen zararın miktarının tespitinin yapılamadığı bazı hallerde Danıştay zarar miktarını, bu hususta yakın bir zamanda yapılmış tespit ya da belgelendirmeye dayalı olarak belirlediği görülmektedir. Nitekim Danıştay Onuncu Dairesinin 25.5.2009 tarih ve E.2007/3075, K.2009/4845 sayılı kararına konu teşkil eden olayda; davacı şirketin bulunduğu handa yapılan bombalama olayı sonucu uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 12.10.2006 tarih ve E.2006/2391, K.2006/2396 sayılı kararı ile söz konusu patlama olayı sonucu yayınevinin zarar gördüğü dosyada mevcut yangın raporu, görgü ve tespit tutanağından anlaşılmakla birlikte, davacının uğradığı zarar miktarını belirlemeye yönelik herhangi bir tespit, tespite dayalı bilirkişi raporu, v.b. bilgi ve belgenin dosyaya sunulamadığı, davacı tarafından dosyaya sunulan bilgi ve belgelerin tazminata hükmedici nitelikte de bulunmadığı, bu nedenle de talep edilen maddi zararın gerçekleşen zarar olup olmadığı hususu tespit edilemediğinden maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir. Bu kararın temyizi üzerine Danıştay Onuncu Dairesi tarafından yapılan incelemede; davacı şirkete ait yangın sigorta poliçesi ile 31.3.1994-31.3.1995 tarihleri arasında Garanti Sigorta tarafından sigortalandığı, ancak 29.4.1994 tarihinde poliçenin iptal edildiği, bu nedenle 3.12.1994 tarihinde meydana gelen patlama ile ilgili olarak davacı şirkete herhangi bir ödemede bulunulmadığı, söz konusu poliçenin, olayın meydana geldiği tarihe yakın bir tarihte düzenlendiği ve sigortalanan eşyanın değeri hakkında somut bir bilgi vereceği göz önünde bulundurulduğunda, meydana gelen gerçek zararın tespiti açısından kullanılabilecek bir belge niteliği taşıdığı, buna göre davacı şirkete ait işyerine ait iptal edilen yangın sigorta

¹⁵⁸ D.10.D. 21.6.1989 tarih ve E.1987/504, K.1989/1410 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 20 Ağustos 2009.

poliçesinde emtia ve demirbaşla ilişkin sigorta bedeli olarak belirtilen miktarın tazminine karar verilmesi gerektiği belirtilerek, söz konusu kararı bozmuştur.¹⁵⁹

Manevi tazminat davalarında zararın kesin ve gerçekleşmiş olduğunun tespiti maddi tazminat davalarına göre bir kat daha güçlük arz eder. Çünkü manevi tazminat davalarında idari yargıcın çözeceği iki sorun vardır, bunlardan birincisi zararın belirlenmesi, onun tespiti, diğeri ise, onun tazmin ve telafisidir.¹⁶⁰ Burada kişinin şahısvarlığını oluşturan değerlerde meydana gelen eksilmeyi tespit etmek ayrı bir güçlük, bu eksikliğin tazminatla giderilmesi ise ayrı bir güçlük oluşturmaktadır.¹⁶¹ Zira manevi zarar hallerinde duyulan acı, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevkinde bir azalma söz konusu olup, kişiye miktar olarak ölçülemeyen bir zarar verilmesi söz konusudur. Manevi zarar, gerçek anlamda bir zarar olmadığı gibi, malvarlığında meydana gelen bir azalmayı da ifade etmez. Bir acının, elemin veya kişisel değerler ve varlıklardaki eksilmenin maddi zararlar gibi parayla ölçülmesine imkân yoktur.¹⁶² Nitekim Danıştay kararlarında da belirtildiği üzere başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir.¹⁶³

Manevi zarar gerçek bir zarar olmayıp, bir tatmin aracı olması niteliği itibariyle, makul ve muhik sebeplerle, olayın özelliğine bağlı şartlar gözetilmek suretiyle takdirin belirlenmektedir. Bütün bu özellikleri nedeniyle manevi zararın miktarının takdirinde, olayın gelişimi ve sonucu yanında ilgilinin durumu da dikkate alındığı gibi, idarenin olaydaki kusurunun niteliği ve ağırlığı da gözetilerek manevi tazminat miktarının saptanmasında zorunluluk bulunmaktadır. Ancak Danıştay kararında da belirtildiği üzere

¹⁵⁹ D.10.D. 25.5.2009 tarih ve E.2007/3075, K.2009/4845 sayılı kararı.

¹⁶⁰ Başpınar, a.g.m., s. 348.

¹⁶¹ Akyılmaz, a.g.m., s. 178.

¹⁶² Eren, a.g.e., s.485; Gürsoy, a.g.m., s. 112-113;

¹⁶³ D.10. D 25.03.2003 gün ve E: 2002/4177 K:2003/1089 sayılı kararı, D.5. D'nin 29.04.2004 tarih ve E.2000/3316, K.2004/3372 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 20 Ağustos 2009.

manevi tazminatın, manevi tatmin aracı olmasından dolayı zenginleşmeye yol açmayacak miktarda belirlenmesine dikkat edilmesi gerekmektedir.¹⁶⁴

Nitekim bir Danıştay kararında; "... manevi tazminat, patrimonuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır. Olay nedeniyle meydana gelen bir eksilmeyi ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. ..." denilmiştir.¹⁶⁵ Yine bir başka Danıştay kararında; manevi tazminatın; kişinin manevi değerlerinde meydana gelen eksilme ile duyulan acı, üzüntü ve sarsıntının bir miktar parayla kısmen de olsa hafifletilmesini sağlamak amacına yönelik olup, bir manevi tatmin aracı olduğu belirtilmiştir.¹⁶⁶

3. Zarar Hukuken Korunan Bir Menfaatin İhlali Olarak Ortaya Çıkmış Olmalıdır

Hiç kimse, başkasının malvarlığına veya malvarlığı dışındaki haklarına dokunan bir zarardan ötürü tazminat isteme hakkına sahip değildir. Diğer taraftan bir kişinin idarenin bir fiilinden dolayı gördüğü her zarar idarenin sorumluluğunu doğurmaz, idarenin tazminat borcunun doğabilmesi için, zarar gören kişinin bir hakkının veya meşru bir menfaatinin ihlal edilmiş olması, yani zarar, tazminat isteyen kişinin hukukça korunması gereken hak ve çıkarlarına ilişkin bulunması gerekir.¹⁶⁷ Bu bakımdan zararının giderilmesini isteyen kişinin hukukça korunması gereken bir hak ve çıkara sahip olması gerekir.¹⁶⁸

Bu durumda idarenin faaliyetleri nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmin edilebilmesi ve idarenin tazminle yükümlü tutulabilmesi için zararın ilintili

¹⁶⁴ D.10. D. 10.4.1992 gün ve E.1990/3954 K.1992/1362 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S.86, s. 584,

¹⁶⁵ D.10.D. 29.1.2007 tarih ve E.2004/7285, K.2007/212 sayılı kararı, D.D. Yıl.37, S.115, 2007, s. 334.

¹⁶⁶ D.10.D. 27.4.2000 tarih ve E.1997/3081, K.2000/1961 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 20 Ağustos 2009.

¹⁶⁷ Topuz, Özkaya, a.g.e., s.26; Esin, a.g.e., s.214; Gözler, a.g.e., C. II, s. 1184.

¹⁶⁸ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 154-155.

bulunduğu hak ve menfaat ile zararın tazminini isteyen kişi arasında temelde yasal yani hukukça meşru sayılan bir ilişkinin bulunması zorunluluk arz etmektedir. Hukuka aykırı ve gayri meşru durumda bulunan kişilerin uğradıkları zararlardan idareyi tazminle sorumlu tutmak mümkün değildir. Örneğin kamu mallarını hukuka aykırı olarak, yani kamu idaresi ile aralarında hukuki bir ilişki olmaksızın ve de izinsiz olarak işgal eden kişiler kamu mallarından tahliye edilmesi sırasında uğradıkları zararların tazminini talep edemezler.¹⁶⁹

Genel olarak Danıştay'ın da bu konuda; zararın tazmini için ilk olarak tazmini istenilen zararın hukuken korunan bir hak veya menfatin ihlalden kaynaklanmış olması hususunu aradığı görülmektedir. Nitekim Danıştay imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının, deprem sonucunda zarar görmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davada, davalı idarenin tazmin sorumluluğunun bulunmadığını kabul etmiştir. 18.08.1999 tarihinde meydana gelen depremde, cami minaresinin, davacının müşterek maliki olduğu binanın üzerine düşmesi sonucu uğranıldığı ileri sürülen zarar karşılığı maddi tazminatın olay tarihinden itibaren işletilecek olan yasal faiziyle beraber ödenmesine karar verilmesi istemiyle, Diyanet İşleri Başkanlığı ile Belediye Başkanlığına karşı açılan dava sonucunda; İdare Mahkemesince; “davacının müşterek maliki olduğu binanın ruhsat alınmadan, kaçak olarak yola tecavüzlü şekilde yapıldığının, bu durumun değişik tarihlerde tespit edilmesine ve inşaatın mühürlenmesine rağmen inşaaat devam edildiğinin, yıkım kararı alınmasına karşın binanın bitirilmeye çalışıldığının açık olduğu; 17.8.1999 tarihinde meydana gelen depremde yıkılan cami minaresinin imar mevzuatına aykırı olarak yapıldığı tartışmasız olan binanın üzerine düşmesi sonucu ortaya çıkan zarardan idarenin tazmin sorumluluğunun bulunmadığı” gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen

¹⁶⁹ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1185.

karar, Danıştay 10. Dairesinin 14.3.2008 tarihli ve E.2008/682, K.2008/1174 sayılı kararı ile onanmıştır.¹⁷⁰

Yine çay kenarında, davacının zilyet sıfatıyla malik olduğu iki katlı yapının ve dikip yetiştirdiği ağaçların, Türkiye Sel ve Deprem Felaketi Acil Yardım Projesi kapsamındaki dere genişletme çalışmaları sırasında yıkılmasında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen maddi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne karşı açılan dava sonucunda; İdare Mahkemesince; “orman arazisi üzerinde ve dere kenarında izinsiz olarak bina inşa eden davacının hukuken korunması gereken bir hakkı olmayıp, bizzat kendisinin kusurlu olduğu; zararlar idari faaliyet arasındaki nedensellik bağı kesilmiş olduğundan, davalı idarenin tazmin sorumluluğundan bahsetme olanağı da bulunmadığı, kaldı ki, belirtilen projenin uygulanması sırasında binanın yıkılacağı ve ağaçların kesileceğinin davacı tarafından da imzalanan ... tarihli tutanakla davacıya bildirildiği” gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen karar, Danıştay 10. Dairesinin 16.11.2007 tarihli ve E.2005/2092, K.2007/5639 sayılı kararı ile onanmıştır.¹⁷¹

Danıştay 6. Dairesinin 15.01.2008 tarihli ve E.2007/5045, K.2008/20 sayılı kararına konu teşkil eden olayda ise; davacının kiracısı olarak oturmakta olduğu binanın 17.09.1999 gün meydana gelen deprem sonucu yıkılmasında davalı idarelerin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesince; “binanın ruhsat alınmaksızın kaçak olarak yapıldığı, anılan idarece gerek yapının inşası aşamasında, gerek daha sonraki aşamalarda yapıya ilişkin olarak herhangi bir tespit ve denetim yapılmadığı, yıkılan binanın kaçak olarak inşa edilirken, hatalı malzeme ve işçilik kullanılması sonucu deprem sonrasında yıkıldığı

¹⁷⁰ D.10.D. Dairesinin 14.3.2008 tarihli ve E.2008/682, K.2008/1174 sayılı kararı, Akgül, a.g.m., s. 115,

¹⁷¹ D.10. D. Dairesinin 16.11.2007 tarihli ve E.2005/2092, K.2007/5639 sayılı kararı (Akgül, a.g.m., s. 117).

kanaatine varıldığı, yasaların vermiş olduğu denetim ve gözetim görevlerini yerine getirmeyen davalı belediyenin zararın meydana gelmesinde %100 kusurlu olduğu..” gerekçesiyle tazminat istemini kabul etmiş, bu karar da Danıştay 6. Dairesi tarafından onanmıştır¹⁷²

Söz konusu kararda idarenin denetim ve gözetim görevini yerine getirmemesinin ağır hizmet kusuru teşkil ettiğini belirtilmiş, söz konusu binanın ruhsatsız ve kaçak olmasının idarenin denetim ve gözetim görevini yerine getirmemesi nedeniyle oluşan hizmet kusurunu ortadan kaldırmayacağı sonucuna varılmıştır.

Bu konuda farklı olarak; Danıştay 6. Dairesinin 15.10.1993 tarih ve E.1992/4565,K.1993/4462 sayılı kararına konu teşkil eden olayda bir kişi ruhsatsız bir şekilde inşa ettiği binaya ilişkin olarak belediye görevlileri tarafından tespit yapılarak mühürlenmiş ve belediye encümenince yıkımına karar verilmiştir. Ancak mühürlenilen binanın sahipleri tarafından kullanımına devam edilmiş, belediyenin de bu binayı hemen yıkmamıştır. Bir buçuk yıl sonra bina kendiliğinden yıkılmış ve binada oturanların ölmüştür. Ölenlerin yakınlarının açtığı tazminat davasını İdare Mahkemesi kabul etmiş ve idarenin meydana gelen zarardan bu binayı yıkmayarak kusurlu davrandığına karar vermiş, bu karar da Danıştay 6. Dairesi tarafından onanmıştır.¹⁷³

Yine davacı sigorta şirketi tarafından 11.08.2004 tarihinde sokak logarının tıkanması sonucu su basması neticesinde sigorta şirketinin sigortalısına ödediği hasar bedelinin tazmini istemiyle Sarıyer Belediye Başkanlığı’na karşı açılan davada, İdare Mahkemesince; “...dava konusu işyerine ait inşaat ruhsatının bulunmadığı, kaçak yapı olduğu, ... zararın doğduğu taşınmazın ruhsatsız kaçak yapı olması nedeniyle; işyerinde meydana geldiği iddia edilen zarar ile idari davranış arasındaki illiyet bağının

¹⁷² D.6. D. 15.01.2008 tarihli ve E.2007/5045, K.2008/20 sayılı kararı, D.D., Y. 2008 sy. 118, s. 226-227.

¹⁷³ D.6.D. 15.10.1993 tarih ve E.1992/4565,K.1993/4462 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, s. 1188.

ortadan kalktığı, bundan dolayı idarenin sorumluluğundan söz edilmesi mümkün olmadığı” belirtilerek dava reddolunmuş,¹⁷⁴ söz konusu karara davacı tarafından yapılan itiraz üzerine, İstanbul Bölge İdare Mahkemesinin 16.01.2008 tarih E.2007/8728, K.2008/999 sayılı kararı ile “... ilgili işyerinin ruhsatının olup olmaması davalı idarenin işletmekle yükümlü olduğu hizmeti iyi işletmemesi sonucunu ortadan kaldıracı bir unsur olmadığı, bu nedenle zararın olay tarihinde sokaktaki logarın bakım ve denetiminden sorumlu olan davalı idarece tazmini gerektiği belirtilerek Mahkeme kararı bozularak ve tazminat talebinin kabulüne karar verilmiştir.¹⁷⁵

Söz konusu Mahkeme kararında esas olarak ihlal olunan hak ile zarar arasında hukuki bir bağ aranmakta ve zararın doğduğu taşınmazın ruhsatsız ve kaçak yapı olması nedeniyle tazmini istenilen zararın hukuken korunan bir menfaatin ihlalinin kaynaklanmadığı hususuna vurgu yapılmakta, karara yapılan itiraz üzerine, İstanbul Bölge İdare Mahkemesinin 16.01.2008 tarih E.2007/8728, K.2008/999 sayılı kararı ile de; davalı idarenin bakım ve gözetimin altında bulunan logarın tıkanmasında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğundan oluşan zararın tazmini gerektiği, ilgili işyerinin ruhsatının olup olmamasının ise; davalı idarenin hizmet kusurunu ortadan kaldıracı bir unsur olmadığı belirtilmektedir.

Kamu gücünün sorumluluğunun ve tazminle yükümlü tutulmasının temelini Anayasa’da ifadesini bulan “hukuk devleti” ilkesi oluşturmaktadır. Hukuk devleti ilkesi uyarınca idarenin tazmin yükümlülüğünün esasını “hukuken sorumlu tutulması” oluşturduğuna göre, tazmini gereken zararın da, tazminat isteyen kişinin hukuken meşru bir hakkının ihlal edilmesinden kaynaklanması gerekeceği tabidir. Zararın tazmini ancak hukuk düzeninin korumayı amaç edindiği hukuksal varlıkların ihlal edilmesi halinde gündeme gelecektir.

¹⁷⁴ İstanbul 5. İdare Mahkemesi, 12.03.2007 tarih ve E. 2005/643 K.2007/697 sayılı kararı.

¹⁷⁵ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi’nin 16.01.2008 tarih E.2007/8728, K.2008/999 sayılı kararı, aynı yönde D.8.D. E.2007/4703, K.2007/6951 sayılı kararı, D.D. Yıl.38, S.118, 2008, s. 282-283.

4. Zarar Parayla Ölçülebilir Nitelikte Olmalıdır

Tazmin yükümlülüğünün doğabilmesi için meydana gelen zararın para ile takdir edilebilecek ve ölçülebilecek türden olması gerekmektedir. İdare hukukunun niteliği gereği aynen tazmin söz konusu olmadığından eşdeğer olarak kabul edilen nakden tazmin ilkesi söz konusu olduğundan tazmin edilmesi istenen zararın para ile ölçülebilmesi gerekmektedir.¹⁷⁶ Eşdeğeri ile tazmin ilkesi uyarınca; özel hukuktan farklı olarak idare hukukunda, mahkemece ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi, yani giderilmesi olarak bir yapma borcu şeklinde ortaya çıkan aynen tazmin müeyyidesine hükmedilemez. Zira aynen tazmin şeklinde ki bir hüküm idareye emir vermesi, idarenin işine karışması anlamına gelir ki, idare hukukunda hâkimin idareye emir verme yetkisi yoktur. Dolayısıyla hâkim idarenin sorumlu olduğu kanısına varırsa, sadece idareyi zarar gören davacıya belli bir miktar parayı ödemeye hükmedebilir. Bu para, zarar gören kişinin uğradığı zararın eşdeğeri olarak kabul edilir. İşte idare hukukunda eşdeğeriyle tazmin ilkesi geçerli olduğuna göre, tazmin edilmesi istenen zararında eşdeğerinin olması, yani para ile ölçülebilmesi gerekmektedir.¹⁷⁷

Danıştay da bu konuda; idarelerin yapmış oldukları sakat işlemlerden dolayı bir zarar doğması halinde, bu zararı karşılamakla yükümlü oldukları belirtildikten sonra bu zararın para ile ölçülebilecek türden gerçekleşmiş olması" gerektiğini belirtmektedir.¹⁷⁸ Yine bir Danıştay kararında, tazmini gereken bir zarardan söz edebilmek için zararın; gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceğinin kesin olması, özel nitelik taşıması ve tazminat isteyen kişi ile meşru bir ilişkisinin olması gerekmesinin yanında zararın para ile takdir edilebilecek türden bulunması gerektiği de belirtilmiştir.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Esin, a.g.e., s. 214.

¹⁷⁷ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1189.

¹⁷⁸ D.8.D. 12.10.1989 tarih ve E.1987/795,K.1989/761 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 22 Ağustos 2009.

¹⁷⁹ D.6.D. 17.02.1993 tarih ve E.1992/4339,K.1993/527 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 22 Ağustos 2009.

Maddi zararlar malvarlığında meydana gelen ve para ile değerlendirilebilen bir azalmayı ifade etmeleri bakımından zararın para ile takdir ve tahmini kabil olması şartı, maddi zararlar açısından karşılığını tam olarak bulmakla birlikte, manevi zararların para ile ölçülmesinin imkânsız oluşu, tazmin borcuna esas olup olamayacağı hususunu gündeme getirmiştir. İdare hukuku alanında bir zamanlar manevi zararların para ile takdir ve tahmini mümkün olamayacağı ve bu itibarla tazmin borcunu meydana getiremeyeceği kabul edilmişti.¹⁸⁰ Ancak Danıştay kararlarında da belirtildiği üzere; başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir.¹⁸¹ Bu durum ise maddi zararlar gibi manevi zararları da idarenin tazmin borcunu doğuran bir unsur olarak karşımıza çıkarmaktadır.¹⁸²

5. Zarar Özel Bir Nitelik Taşımalıdır

İdarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararın tazmin borcunun doğumunda bir diğer şart da zararın özel niteliğe haiz olmasıdır. Tazmin borcunun doğumunda bu şart önemli bir yer teşkil etmektedir. Çünkü idari fiillerin ve tasarrufların kapsam ve tesir sahası çok geniştir. Bunlar ekseri hallerde geniş bir fert kitlesi, toplum üzerinde etki gösterirler; bunlara külfetler yüklerler; tahditler meydana getirirler ve bu itibarla meydana getirdikleri zararın sahası çok geniştir. Devletin ve diğer idare hükmi şahıslarının sorumluluğunda, hususi hasar, sebepsiz zenginleşme teorilerinin, hakkaniyet ve nesafet prensiplerinin tatbikinde zararın muayyen bir ferde veya mahdud fertlere tesir etmesi lazımdır.¹⁸³ Zararın özel bir nitelik taşıması gerektiği hususu, aynı zamanda zararın anormal bir nitelik arz etmesi, yani zararın belirli bir ağırlıkta olması gerektiği şartını da bünyesinde taşımaktadır. Zararın anormalliği şartı belirlenmesi bakımından çok kesin bir kavram değildir.

¹⁸⁰ Onar, a.g.e., C.III, s. 1717-1718.

¹⁸¹ D.8.D. 14.11.2005 tarih ve E.2004/5371, K.2005/4362 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 22 Ağustos 2009.

¹⁸² Esin, a.g.e., s. 214.

¹⁸³ Onar, a.g.e., C.III, s. 1718.

Zararın anormalliğı esas itibariyle zararın ağırlığı ile değerlendirilir. Belirli bir eşiğı geçen anormallikteki zararların anormal zararlar olduğu söylenir. Ancak bu eşiğın hangi noktadan itibaren başladığının objektif bir ölçütü yoktur. Buna her somut olayda mahkeme karar verecektir.¹⁸⁴

Zararın para ile ölçülebilir nitelikte olması, yine zararın gerçekleşmiş ve kesin olması idarenin tazmin borcunun doğumu için yeterli nitelik taşımamakta, idarenin eylem ya da işleminden meydana gelen zarar özel bir nitelik taşımadıkça idareyi zarardan sorumlu tutmaya olanak bulunmamaktadır. Herkesi içine alan bir kamu külfeti biçiminde ortaya çıkan genel nitelikteki zararlardan dolayı idare tüzel kişiliğı sorumlu tutulamaz.¹⁸⁵ Çünkü bu durumda ortada öznel kişisel bir zarar yoktur ve yükletilen külfet tazmini gerektirecek bir zarar olarak değerlendirilemez.¹⁸⁶ Buna karşılık, idarenin düzenleyici bir işlemi belirli kişi topluluğuna özel yani olağandışı bir zarar veriyorsa genel nitelikte olmasına karşın idarenin zarar verici bu işlemi sorumluluğı gerektirir.¹⁸⁷

Danıştay'ın içtihatları da toplumun genel yararına yönelik olaylarda, sadece ilgililerin uğradığı özel zararların tazmininin mümkün olduğu, ilgililerin genel külfetlere katlanması gerektiğı yönündedir. Nitekim davacının sarımsak ve buğday ekili araziye, davalı idarenin hizmet kusuru nedeniyle su verilemediğı ileri sürölerek oluşan maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada Danıştay tarafından; "Tarlasının sulanmasında kullandığı suyun kamunun mülkiyetinde bulunması nedeniyle davacının bu sudan ancak kamu yararının elverdiği ölçüde yararlanabilmesi mümkündür. Toplumun genel yararına yönelik olaylarda, sadece kişilerin uğradığı özel zararların tazmini mümkün olup; ilgililerin genel külfetlere katlanması gerekmektedir. Bu itibarla, toplumun genel yararına yönelik olarak baraj

¹⁸⁴ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1212.

¹⁸⁵ Atay, a.g.e., s.692; Gözübüyük, a.g.e., s.319; Onar, a.g.e., C.III, s. 1718; Esin, a.g.e., s. 214.

¹⁸⁶ Zabunoğlu, a.g.e., s. 268.

¹⁸⁷ Tuncay Armağan, İdarenin Sorumluluğı ve Tam Yargı Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 219; Gözübüyük, a.g.e., s. 319.

gölünde su tutulması nedeniyle o bölgede ziraat yapan ilgililerin uğradıkları genel nitelikteki zararların tazminine olanak bulunmamaktadır. Ancak baraj alanında su tutulmaya başlanılacağına çiftçilere zamanında duyurulması idareye düşen bir ödevdir. Duyuru üzerine çiftçilerin zirai faaliyetleri konusunda önlemler alarak, uğrayacakları zararları azaltabilecekleri açık olduğundan; duyuru yapılamaması, böylece hizmetin kusurlu işletilmesi nedeniyle gerekli önlemleri alamayan çiftçilerin uğradıkları özel nitelikteki zararların tazminin gerektiği tartışmasızdır. İdarenin olayda tazmin sorumluluğunun belirlenebilmesi için de, davalı idarenin 2004 yılı Kasım ayında barajda su tutulmadan önce çiftçilere genel duyuru yapıp yapmadığının araştırılması gerekir. Zira idarenin, yürüttüğü hizmetin gereği olarak çiftçilere belirtilen biçimde duyuru yapması zorunlu olup; bu duyurunun yapılamamasının hizmet kusuru oluşturacağı ve idarenin tazmin sorumluluğunu doğuracağı açık bulunmaktadır. Davalı idarece baraja su toplanmaya başlayacağına çiftçiye duyurulmadığının tespiti halinde; duyuru yapılmış olsaydı tarlasında kuru ziraat şartlarına göre ekim yapma olanağının bulacak olan davacının, bu olanağın kendisine tanınmaması, kuru ziraatın gerektirdiği tedbirleri alamaması, uygun ekim yapamaması nedeniyle uğradığı bir zarar var ise, bilirkişi incelemesi yoluyla saptanacak bu zararın tazmini yoluna gidilmesi gerekmektedir” denilmiştir.¹⁸⁸

Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, ancak belirli kişi veya kişilerin eşitlik dengesini bozan özel ve olağandışı zararlarını ödemekle yükümlü tutulabilir. İmkân ve fırsat eşitliği içerisinde meydana gelen değişiklikler ve toplum yaşamının olağan ve kaçınılmaz sonuçları, tazminat istemek hakkına doğurmaz; ilgililer bunlara katlanmak zorundadırlar. Yani zararın tazmin borcu doğurabilmesi için sırf belirli bir kişiye ya da kişi topluluğa münhasır olması ve de bu zararın toplum hayatının normal bir surette iktiza ettiği, şikâyet edilmeksizin katlanılması gereken bir zarar olmaması, olağan dışı bir

¹⁸⁸ D.10.D. 16.10.2008 tarih ve E.2007/5777, K.2008/6696 sayılı kararı, D.D. Yıl.39, S.120, 2009, s. 312-315.

mahiyet arz etmesi gerekmektedir.¹⁸⁹ Eğer, söz konusu zararlar, belli kişi veya kişilere verilirse; toplumun birlikte ve genel olarak katlandığı birtakım zorluklar, gelir kayıpları veya giderlerden farklı şekilde, söz konusu zararlar bireyselleşirse, Devletin bundan sorumlu olması gerekir. Zira kusursuz sorumlulukta esas olanın kamu külfetleri karşısında eşitliğin kesintiye uğrama olduğu da belirtilmiştir. Bu durumda hiç kuşkusuz herkesin bu zararın mağduru olması halinde eşitliğin kesintiye uğraması halinden söz edilemeyecektir.¹⁹⁰ Eşitliğin genel bir biçimde bozulup bozulmadığını, bunun kaçınılmaz olup olmadığını ise sonuçta mahkemeler değerlendirip saptayacaktır.¹⁹¹

Zararın özel olması demek, toplumun bütün üyelerinin değil, sadece belirli kişi ya da kişilerin zarara uğraması demektir. Zarara, sadece tek bir kişinin uğraması halinde zararın özel nitelikte olduğunu söylemekte bir güçlük yoktur. Zarara uğrayan kişilerin birden fazla olması durumunda da zararın özelliği şartı gerçekleşmiş olabilir. Ancak, bu durumda zararın özel olup olmadığının belirlenmesi her zaman kolay değildir. Sınırlı sayıda olan bir grup kişinin uğradığı zarar da özel olarak kabul edilebilir. Burada önemli olan nokta zarara uğrayanların teşhis edilebilir olması, diğer bir ifade ile bireyselleştirilebilir olmasıdır.¹⁹²

Kamusal ödev biçiminde ortaya çıkan zararlardan başka mülkiyetten doğan ödev biçimindeki zararların da özel bir zarar niteliğinde olmamaları nedeniyle, tazmin borcunu doğuramayacakları kabul edilmektedir.¹⁹³ Yani, mülkiyetten doğan ödev biçimindeki zararların, normal sınırı aşmadıkça, olağandışı (istisnaî) nitelikte olmadıkça idarenin tazminle yükümlü tutulamayacağı belirtilmektedir. Örneğin bir idari etkinliğin yapıldığı, ya da bir kamu tesisinin bulunduğu taşınmaza komşu mülk sahipleri, komşuluktan

¹⁸⁹ Sarıca, a.g.e., s. 500.

¹⁹⁰ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 155.

¹⁹¹ Duran, a.g.e., s. 17.

¹⁹² Gözler, a.g.e., C. II, s. 1211.

¹⁹³ Akın Düren, İdare Hukuku Dersleri, AÜHFY, No. 447, Ankara 1979, s. 328.

doğın olağan sakıncalara katlanmak zorundadır. Ancak, bu sakıncalar normal sınırı aşarsa, yani olağan sayılmayacak bir komşuluk ilişkisinin yol açtığı zarar meydana gelirse, kamu etkinliğini yürüten idare tazminle ödevli tutulabilir.¹⁹⁴

Türk idare hukuku öğretisinde zararın özel olması gerektiği yönünde paralel görüşler ileri sürülmesine rağmen, bu şart ele alınırken idarenin kusura dayanan sorumluluğu ile kusursuz sorumluluğu alanlarının birinde mi yoksa her ikisinde mi bu şartın aranması gerektiği net olarak ortaya konulmamıştır.¹⁹⁵ Kimi yazarlar tarafından zararın özel olması şartının yalnızca kusursuz sorumluluk için geçerli olduğu belirtilmiştir. Buna göre zararın özel nitelik taşıması hali uygulamada kusursuz sorumluluk halinde sorun çıkarmaktadır. İdarenin kendi kusuru ile verdiği zarar isterse birçok kişiyi etkilesin, yine de idare tazmin yükümlülüğü altında olacaktır. Kusursuz sorumluluk açısından ise zararın özel olması şartının hem risk ilkesi hem de kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi açısından geçerli olduğu kabul edilmektedir.¹⁹⁶

Fransız idare hukuku öğretisinde ve Fransız Danıştay'ı zararın özel olması gerektiği yönündeki şartın, sadece idarenin kusursuz olarak sorumlu olduğu risk sorumluluğu ve kamu külfetleri karşısında eşitlik hallerinde geçerli olduğu belirtilmektedir. Oysa Vedel ve Delvolve soruna ikili bir ayırım yaparak yaklaşmakta, risk sorumluluğunda ortaya çıkan şeyin zarar değil, zarara yol açan risk'in kendisi olduğu, özel olan riskin gerçekleşmesi durumunda zararın herkesi ilgilendirmesi ya da belirli kişi ya da kişileri ilgilendirmesinin önemli olmadığı belirtilmektedir. Buna göre zararın özelliği ilkesi şartı sadece kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk halinde aranan bir şart olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda zararın özelliği şartı

¹⁹⁴ Esin, a.g.e., s. 133.

¹⁹⁵ A.Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, İdare Hukuku C.2 İdari Yargılama Hukuku, güncelleştirilmiş 3. bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008, s. 796-797; Düren, age, s. 328, Mukbil Özyörük, İdare Hukuku-İdari Yargı- Ders Notları (Teksir), Ankara, 1977, s. 237, Süheyp N. Derbil , İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş Beşinci Bası, AÜHFY, No.133, Ankara 1959, s. 237-238.

¹⁹⁶ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1209.

sayesinde kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulup bozulmadığı da ortaya konulabilmektedir.¹⁹⁷

Danıştay ise idarenin düzenleyici bir işlemi ile belli kimselere özel ve olağandışı bir zarar vermesi halinde, zarar verici işlem genel nitelikte olmasına karşın idarenin sorumluluğu gerektiğine hükmetmektedir. Nitekim Danıştay Onuncu Dairesi 06.03.2002 tarih ve E.2000/1156, K.2002/588 sayılı kararına konu teşkil eden olayda; davacılara ait Van ili Saray İlçesi Beyaslan Köyündeki 697 parsel nolu taşınmazda yetişen çayırın davalı idarenin yol yapımındaki drenaj çalışması sonucu kurduğu ileri sürülerek uğranıldığı ileri sürülen maddi zararın tazmini istemiyle açılan davada İdare Mahkemesince; kamu hizmetlerinin ifası sırasında yürütülen hizmetle ilgili olarak umumi külfetler dışında kişilerin özel mülkiyetine yapılan zararın, fiil ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunması şartıyla idarenin kusuru aranmadan hizmeti yürüten idarece tazmin edilmesinin hukukun genel ilkeleri, hakkaniyet ve nesafet kuralları gereği olduğu; mahkemelerince yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda, Karayolları Genel Müdürlüğünce Van-İran Devlet Karayolu yapımı sırasında 6 km'lik kesimde borulu drenaj hendeği çalışmaları yapıldığı; arazinin killi kumlu bitkisel topraktan oluştuğu; drenaj hendeğinin arazinin taban suyunu çekerek su seviyesini düşürdüğü; dava konusu parselden 200-300 metre uzaklıktaki bitki boylarının dava konusu taşınmazdaki bitki boylarından daha büyük olmasının drenaj hendeğinden boşalan suyun taban suyu seviyesini 200-300 metre mesafede etkilemekte olduğunu gösterdiği; boşalan suyun etkisiyle ileriki yıllarda çoraklaşma tehlikesi olabileceği belirtilerek 1997 yılı ürün kaybının 257.920.000 lira olarak hesaplandığı, bu durumda davacının uğradığı zararın objektif sorumluluk ilkesi uyarınca tazmini gerektiği gerekçesiyle 257.920.000 liranın yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmiş, söz konusu karar Danıştay Onuncu Dairesi tarafından onanmıştır.¹⁹⁸ Yine Danıştay Dava

¹⁹⁷ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1210.

¹⁹⁸ D.10.D. 06.03.2002 tarih ve E.2000/1156, K.2002/588 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 293-294.

Daireleri Genel Kurulunun 16 Şubat 1962 tarih ve E.1960/177, K.1962/108 sayılı kararına konu teşkil eden olayda Beyazıt Meydanı ile Aksaray Caddesi arasındaki Ordu Caddesinin yeniden düzenlenmesi sırasında yol seviyesinin yükseltilmesi üzerine davacıya ait apartmanın giriş kapısı yol seviyesine nazaran aşağıya düşmüş ve zemin katı kısmen bodrum katına dönüşmüştür. Davacının açtığı tazminat davasında Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, “amme mükellefiyetleri karşısında fertlerin eşitliği, idare hukukunun esaslarındandır. Bayındırlık işlerinin ifası neticesinde meydana gelen tesis ve eserler topluluğun faydalandığı bir iktisap teşkil ettiğine göre bu yüzden ferdin zarara uğraması halinde bu zarar topluluğun nef’ine katlanılmış bir fedakârlık niteliği taşıdığı cihetle amme mükellefiyetleri karşısında eşitlik sağlama için devamlı ve istisnai karakterde olan ferdi zararları telafi etmek hakkaniyet ve nesafetin icabı” olduğuna ve bu nedenle belediyenin ortaya çıkan zararı tazmin etmesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁹⁹

Ancak Danıştay Onikinci Dairesinin 11 Ekim 1966 tarih ve E.1965/3393, K.1966/2783 sayılı kararına konu teşkil eden olayda bir yolun gidiş ve geliş kısımlarının ayrılması sonucunda yolun bir kenarında olan benzin istasyonu yolun diğer yanından gelen araçların uğramaması sonucunda zarara uğramıştır. Benzin istasyonu sahibinin açtığı tazminat davasında Danıştay Onikinci Dairesi, “kamu idarelerinin sorumluluklarının, ifa ile mükellef oldukları hizmetlerin noksan, kifayetsiz ve kusurlu bir şekilde yürütmeleri halinde söz konusu olmasına, hadisede ise seyrüseferin tanzimi için gidiş geliş yollarının ayrılmasında idareye atfı kabil bir kusur” bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Söz konusu karar, olayın yalnızca hizmet kusuru yönünden ele alınıp çözümlenildiği, kusursuz sorumluluk şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin de tartışılması gerektiği belirtilerek eleştirilmiştir.²⁰⁰

¹⁹⁹ DDDGK. 16.02.1962 tarih ve E.1960/177, K.1962/108 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, s. 1151.

²⁰⁰ D.6.D. 11.10.1966 tarihve E.1965/3393, K.1966/2783 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, s.1152.

Sonuç olarak zararın özel bir nitelik taşıması gerekmesi hususu yukarıda belirtilen bütün yönleriyle birlikte ele alındığında, aynı zamanda zararın mevcudiyetinin bir şartı olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁰¹ Buna göre kamu hizmetini yürüten idarenin, gerçekleştirdiği faaliyetleri nedeniyle tazmin sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için zararın özel bir zarar olarak varlığının ortaya konulması birincil unsur olarak görülmektedir.

C. Maddi Zarar Kavramının Tanımı ve Unsurları

Bilindiği üzere bir hukuk sujesinin maddi veya manevi varlığında istemsiz olarak ortaya çıkan kayıp ve eksikliklere «zarar» adı verilmektedir. Maddi zarar ise, bir kişinin malvarlığında isteği dışında meydana gelen eksilme veya kesin nitelikli bir artışın engellenmesi ve para ile değerlendirilebilen azalma olarak tanımlanılmaktadır.²⁰² Maddi zararın oluşumu ise malvarlığında ya eksilme ya da meydana gelecek bir çoğalmayı önleme yoluyla oluşmaktadır.²⁰³ Maddi zarar denilince ilk olarak para ile ölçülebilen bir malın zarar görmesi, tahrip olması ya da değerindeki düşüş veya onun üzerindeki kullanma veya tasarruf yetkisinde meydana gelen kısıntı anlaşılır. İkinci olarak mesleki olsun olmasın bir etkinlikten kaynaklanan gelirden mahrumiyet ve nihayet harcamalarda meydana gelen artış da maddi zarar içerir.²⁰⁴ Maddi varlıkta, bir başka deyişle mal varlığında (patrimuanda) beliren azalmanın ya da çoğalma olanağından yoksunluğun hukuki adı maddi zarar olup, maddi zararların tazmini için istenilen tazminat ise maddi tazminat olarak adlandırılmaktadır.²⁰⁵ Bu tanımlamadan yola çıkılması durumunda zararın oluşması için üç unsurun varlığı gereklidir. Bunlar, malvarlığı, malvarlığındaki azalma ve bu azalmanın irade dışı olmasıdır.

²⁰¹ Onar, a.g.e., C.III, s. 1718.

²⁰² Atay, a.g.e., 685.

²⁰³ Karahasan, a.g.e., s. 54.

²⁰⁴ E. Ethem Atay, Hasan Odabaşı, Hasan Tahsin Gökcan (Teori ve Yargı Kararları Işığında) İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin, 2003, s. 156.

²⁰⁵ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1192.

Maddi zarara esas olan mal varlığı; değerlerden oluşan aktif, borç ve mükellefiyetlerden oluşan pasif unsurların, ekonomik bir değer arz eden ve para ile ölçülebilen değerlerin bütünü olarak ifade edilmektedir.²⁰⁶ Mala ilişkin zararlar, kişinin sahip olduğu taşınır ve/veya taşınmazın hasara uğraması, herhangi bir şekilde değerinin azalması ya da kullanılamaz hale gelmesi neticesi malvarlığında meydana gelen eksilmedir.²⁰⁷ Sorumluluk hukukunda mal varlığı kavramı geniş bir şekilde kullanılmaktadır. Taşınır ve taşınmaz üzerindeki aynı haklar yani mülkiyet hakkı ve sınırlı aynı haklar, nispi nitelik taşıyan alacak hakları, gayri maddi mallar üzerindeki haklar yani fikri ve sınai haklar malvarlığının en önemli unsurlarını oluşturur. Ayrıca zarar görenin ekonomik geleceği yani çalışma faaliyetleri ile gelecekte elde edeceği gelir ve kazanç ihtimali de mal varlığını oluşturan değerler arasında yer alır. Kişilik hakkı ve hakkı oluşturan hukuki değerler ilke olarak mal varlığının kapsamına girmemektedirler. Bununla birlikte kişiliği oluşturan vücut bütünlüğü, sağlık, şeref, ekonomik itibar gibi hukuki değerler bazen mal varlığını etkileyebilir. Başka bir ifade ile bu değerlerin ihlali zarar görenin mal varlığı üzerinde ekonomik yönden olumsuz etki ve sonuçlar doğurabilirler. Mesela vücut bütünlüğü niteliği itibarıyla kişilik hakları içinde yer alan bir şahıs varlığı değeri olmakla beraber vücut bütünlüğünün ihlali zarar görenin belirli bir süre çalışmasına engel olmuş, tedavi ve diğer giderlere yol açmış ve nihayet çalışma gücünün belirli bir oranda sürekli olarak kaybına neden olmuşsa mal varlığını ekonomik yönden olumsuz etkilemiş olur. Bu anlamda şahıs varlığı değerleri mal varlığı kavramı içinde yer almakta ve şahısvarlığı zararları sonuçları itibarıyla maddi zarar olarak nitelendirilmektedirler. Buna karşılık, kişilik haklarını ihlal, aynı zamanda mal varlığını ihlal etmiyorsa, teknik anlamda bir zarara neden olmayacağından mal varlığı kavramı içinde yer almazlar. Bu takdirde ancak zarar görenin şahıs varlığında bir azalma söz konusu olur ki bu da manevi zararı oluşturur.²⁰⁸ Ancak bu konuda varılan sonuç ise; maddi zarar esas olarak malvarlığı değerlerini kapsamakla birlikte,

²⁰⁶ Eren, a.g.e., C.2, s. 200; Sait Güran, a.g.e., s. 153; D.10.D.,23.10.1996, 5056/6395, (Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 205).

²⁰⁷ Akyılmaz, a.g.m., s. 173.

²⁰⁸ Eren, a.g.e., C.2, s. 488.

şahısvarlığı değerlerinin ihlali halinde bir malvarlığı kaybı meydana gelmiş ise doğan zararın, maddi zarar kapsamında değerlendirileceği yönündedir.

Zarar mal varlığında bir azalma veya eksilmedir. Bu azalma ya malvarlığını oluşturan aktif değerlerin azalması ya da pasiflerin artması şeklinde belirir. Aktif değerler üzerindeki hakların herhangi birinin yok olması veya değerlerin azalması ya da borçların artması halinde de zarar meydana gelir. Zarar kavramının bu denli geniş bir tanımlamaya sahip olması zarar verici davranış neticesi oluşan dolaylı, dolaysız ve yansıma zararların, zarar kapsamı içinde değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Malvarlığından meydana gelen eksilmenin saptanması için, malvarlığının zararlandırıci davranıştan sonra meydana gelen durumu ile bu davranış yapılmısaydı malvarlığının gösterecek olduğu durumun karşılaştırılması gerekir. Bu anlamda maddi zarar, zarar görenin malvarlığının zarar verici olaydan sonra gösterdiği durum ile bu olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farktan ibarettir.²⁰⁹ Buna göre, “malvarlığının zarar verici olaydan sonra gösterdiği durum” ile “zarar verici olay meydana gelmeseydi, malvarlığının göstereceği durum” arasındaki fark zarar görenin menfaatidir.

Danıştay, maddi zararı idarenin belli bir eylem veya işleminden dolayı mal varlığında meydana gelen eksilme olarak kabul etmektedir.²¹⁰

Zarar görenin mal varlığında meydana gelen azalma, onun iradesi dışında meydana gelmelidir. İrade dışındaki bu azalma ya zarar görenin rızası hilafına ya da rızası olmaksızın meydana gelebilir. Buna karşılık malvarlığı bir kişinin kendi iradesiyle azalmışsa bu azalma zarar olarak nitelendirilemez.²¹¹ Çünkü bu halde, mülkiyet devri ya da belli bir malın tüketimi mevcut olup, zarar uğrayan kişi bir yükümlülüğe girmeyi, bir haktan vazgeçmeyi, bir gidere katlanmayı kabul etmiştir. Yani zarar görenin rızası ile

²⁰⁹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.514; Eren, C.2, a.g.e. s.489; Karahasan, a.g.e., s. 55.

²¹⁰ D.10.D. 23.10.1996.5056/66395, Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 205.

²¹¹ Eren, age, C.2, s. 492; Reisoğlu, a.g.e., s. 135.

meydana gelen azalma devir, tüketme veya masraf sayılacağından zarar olarak kabul edilemez. Ancak bir kimsenin zararı doğuran fiil nedeniyle yapmak zorunda kaldığı masraf ve yüklendiği borç zarardır. Bu kapsamda zararı doğuran fiil sonucunda meydana gelen yaralanma sonucu kimsenin tedavi için yaptığı masraf da böyledir.²¹²

D. Manevi Zarar Kavramının Tanımı ve Unsurları

Manevi zarar, bir kişinin kişilik haklarına yönelik bir ihlal dolayısıyla, şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi, bu saldırı nedeniyle duyduğu acı ve üzüntüyü, hayat zevklerinden azalmayı ifade etmektedir. Diğer bir ifade ile manevi zarar, ilgililerin kişilik haklarına ve manevi değerlerine (namus, onur, özel yaşam, aile sırları v.b.) yapılan saldırılar sonucu veya yakınlarından birinin ölümü ve sakatlığı nedeniyle duydukları acı ve sarsıntılara bağlı olarak yaşama zevklerinde meydana gelen eksilme olarak tanımlanabilir.²¹³ Şahıs varlığı, ise bir kişinin kişi olarak haiz olduğu, hukukça korunan hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, şeref, haysiyet, cinsel bütünlük, ruhsal bütünlük gibi kişilik değerlerinin tümünü ifade eder.²¹⁴ Bu konuda 1982 Anayasasının 12. maddesinde; herkesin, kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, 17. maddesinde; herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve yasada yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı hükme bağlanmıştır.

Kısacası manevi zarar, kişilerin manevi varlıklarının hukuka aykırı bir saldırıya uğrayarak zedelenmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Bir kişinin, kişiliğini yani, şahıs varlığını oluşturan hukuki değerlerin ihlali dolayısıyla

²¹² Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 514.

²¹³ Topuz, Özkaya, a.g.e., s. 26.

²¹⁴ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1192-1193.

uğramış olduğu objektif eksilme ve kayıplar manevi zararı meydana getirir. Bu gibi hallerde duyulan acı, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevkinde bir azalma söz konusu olup, kişiye miktar olarak ölçülemeyen bir zarar verilmesi söz konusudur. Nitekim bir Danıştay kararında; “Manevi zarar kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama gücünü azaltan olaylar nedeniyle duyulan acıyı, ıstırapı veya kişilik haklarının zedelenmesi nedeniyle şeref ve haysiyetin rencide edilmesini ifade ettiği gibi, günlük yaşamı zorlaştıran belli ağırlıktaki her türlü üzüntü ve sıkıntıyı da kapsamaktadır.” denilmiştir.²¹⁵ Yine bir Danıştay kararında; “Manevi tazminat, elem ve ızdırap duyulması, haysiyet ve şerefın rencide edilmesi, manevi değerlerin ve yaşama zevklerinin azalması nedeniyle uğranılan manevi zararlarla sınırlı olmayıp, hukuka aykırı herhangi bir olumsuz tavır ve eylem nedeniyle ilgilinin günlük yaşamını etkileyecek ölçüde üzüntü ve sıkıntı duyulması şeklindeki manevi zararların da giderilmesi amacını taşımaktadır.” denilmiştir.²¹⁶

Manevi zarar, maddi zarardan farklı olarak kişinin madde bakımından değil, manevi bakımdan uğradığı kayıpları ifade eder.²¹⁷ Manevi zarar, gerçek anlamda bir zarar değildir; zira malvarlığında bir azalmayı ifade etmez. Bir acının, elemin veya kişisel değerler ve varlıklardaki eksilmenin maddi zararlar gibi parayla ölçülmesine imkân yoktur.²¹⁸ Ancak haksız eylem veya işlem sebebiyle duyulan üzüntü, acı ve ıstırap hallerinde, söz konusu olumsuzlukları önlemek ve sonuçlarını gidermek için bir takım çareler kapsamında manevi tazminat müessesesi geliştirmiştir.²¹⁹ Manevi zararın doğrudan doğruya giderim olanağı bulunmadığı için, karşılığı olarak zarar verenin malvarlığından bir miktar paranın alınıp zarara uğrayana ödenmekle meydana gelen acıların dindirilmesi ve ruhsal dengenin sağlanması

²¹⁵ D.10. D. 29.4.2008 tarih ve E.2007/3301, K.2008/1939 sayılı kararı, D.D., Y. 2008 sy. 119, s. 329-332.

²¹⁶ D.10. D. 20.11.2007 tarih ve E.2005/7545, K.2007/5333 sayılı kararı, D.D., Y. 2008 sy. 118, s. 324.

²¹⁷ Kılıçoğlu, a.g.e., s.319.

²¹⁸ Eren, a.g.e., C.2, s.49; Gürsoy, a.g.m., s.112-113; Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, AÜHFY, No:159, Ankara 1961, s. 63.

²¹⁹ Gürsel Kaplan, “Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu”, AÜHFD, 2006, C. 55, s. 124.

istenilmiştir.²²⁰ Belirtilen bu özelliği nedeniyle manevi zararın tazmini için istenilen manevi tazminat da gerçek bir tazmin aracı olarak değil, doyurma (tatmin) aracı olarak takdir edilmektedir. Buna “acı parası” da denilmektedir.²²¹ Danıştay kararlarında da belirtildiği üzere; “...manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır. Olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. ...”²²², “...başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir...”²²³. Aynı şekilde Borçlar Kanununun 49. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa’nın 10., 11. ve 14. maddelerine aykırı bulunduğu yolundaki dâvâlı vekilinin iddiasının mahkemece, ciddi olduğu kanısına varılmış ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sının 151. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine başvurulması üzerine görülen davada, Anayasa Mahkemesi aynı hususa işaret ederek, “...Zararlar maddi veya manevi olabilir. Maddi zararların karşılanması zorunlu ve olağan iken çok kez acısı maddi kayıplardan daha ağır olan manevi zararların karşılanma yollarının kapalı tutulması elbette ki düşünülemez... manevi zararların değerlendirilebilmesinde ve karşılanmasında paradan yararlanmaktan kaçınılamayacağı ortadadır. Para, bu alanda eksiktir, yetersizdir; ancak daha iyisi ve elverişlisi bulunmadığı içindir ki aracılığından vazgeçilememektedir...” şeklinde davayı reddetmiştir.²²⁴

Manevi zararı manevi zarardan ayıran diğer bir husus da tazmin edilecek zararın kapsamının belirlenmesi noktasında doğmakta olup, manevi zararda maddi zarardan farklı olarak sonradan gelecek sakıncalar, olayın

²²⁰ Karahasan, a.g.e., s. 63.

²²¹ Esin, a.g.e., s.450; D.10. D’nin 18.03.2008 gün ve E:2007/8532 K:2008/1231, D.D., Y. 2008 s. 119, s. 334-336.

²²² D.10.D. 29.1.2007 tarih ve E.2004/7285, K.2007/212 sayılı kararı, D.D. Yıl.37, S.115, 2007, s. 334.

²²³ D.10. D’nin 25.03.2003 gün ve E: 2002/4177 K:2003/1089 sayılı kararı, Aynı yönde D.5. D’nin 29.04.2004 tarih ve E.2000/3316, K.2004/3372 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 12 Ağustos 2009.

²²⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 11.02.1969 gün ve E. 1968/33, K. 1969/12 sayılı kararı, (Karahasan, a.g.e, s. 62).

sonradan yol açtığı durumların da göz önünde bulundurulmasıdır.²²⁵ Manevi zarar için yapılan ödemede amaç maruz kalınan olay ve durum dolayısıyla hayat şartlarında kişilerin karşılaştıkları karmaşanın belirli bir ölçüde de olsa giderilmesi ve normale dönmesine yardımcı olunmasıdır. Ödenen tazminat tabiri caiz ise zarara uğrayan kimsenin belleğinde yaşanan olayların etki ve izlerini silmek veya yoğunluğunun azaltılmasını sağlamaktadır.²²⁶ Bir Danıştay kararında belirtildiği üzere; "... Olayın gelişimi ve sonucu ilgilinin durumu itibariyle manevi zarara Mahkemece takdir edilecek Manevi tazminatın, manevi tatmin aracı olmasından dolayı zenginleşmeye yol açmayacak miktarda, fakat idarenin olaydaki kusurunun niteliğini ve ağırlığını ifade edecek ölçüde saptanması zorunlu bulunmaktadır"²²⁷ Yine Danıştay bir kararında manevi zararın miktarının, olayın gelişimi ve sonucu yanında ilgilinin durumu da dikkate alınarak saptanacağına hükmetmiştir.²²⁸

Maddi zarar gibi manevi zarar da üç unsurun bir arada bulunması sonucu oluşmaktadır.

Manevi tazminata esas olan manevi zarar ancak kişilik haklarına (şahsiyet haklarına) zarar verilmesi durumunda, şahısvarlığında irade dışı meydana gelen eksilme halinde mümkün olabilecektir. Kişilik hakları, genellikle, insanın insan olması gereği sahip olduğu ve kendisine ayrılmaz şekilde bağlı haklar olarak tanımlanmaktadır. Mutlak hak niteliği taşıdığından,

²²⁵ Baş, a.g.m., s. 378.

²²⁶ "Manevi tazminat bozulan manevi dengenin yerine gelmesi ve kişinin duygusal olarak tatmin edilmesini amaç edinen ve kanunun öngördüğü bir telafi şekli olup bir bakıma haksızlığa uğrayan insanın kızgınlık hislerini indirme aracıdır... tazminat miktarının felaketi (olayı) özlenir hale getirmeyecek tutarda olması, zenginlik sağlayacak bir yekün teşkil etmemesi gerekir... olayın özellikle meydana geliş şekli ile toplumdaki etkileri ve benzeri faktörler gözetilerek eylem ile tazminat miktarı arasında adil ve vicdanlara rahatsızlık vermeyecek bir oran bulunmalıdır." (Yarg. 2. HD., 31.10.1983 tarih ve 7617/8056 sayılı kararı, Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 515).

²²⁷ D.10. D'nin 10.4.1992 gün ve E: 1990/3954 K:1992/1362 sayılı kararı, D.D., S.86, s.584, Aynı yönde D.10.D. 29.1.2007 tarih ve E.2004/7285, K.2007/212 sayılı kararı, D.D. Y..37, S.115, 2007, s. 334.

²²⁸ D.10. D'nin 27.04.1992 gün ve E: 1989/141 K:1992/1618 sayılı kararı, D.D., S.86, s. 585-588.

herkese karşı ileri sürülebilir. Bu haklar, ayrıca, para ile ölçülebilir nitelikte değildir.²²⁹

Doktrin ve yargı içtihatlarına göre kişilik hakları (şahsiyet hakları) deyiminin; bedensel ve ruhsal bütünlük, özgürlük, şeref, haysiyet, onur, itibar, hatıra gibi değerlerle, kişinin özel yaşamına veya aile yaşamına ilişkin sır, meslek sırrı, isim ve fotoğraf üzerindeki haklar, ticari ve mesleki saygınlık sosyal ve siyasal hakları kapsadığı kabul edilmektedir.²³⁰ Görüldüğü gibi burada kişilik hakları kavramı geniş olarak yorumlanmakta, kişinin bedensel bütünlüğünün ihlali durumunda ortaya çıkan acı ve üzüntü ile yine kişinin ölmesi durumunda yakınlarının duyduğu elem ve ızdırap da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu bakış açısı ile manevi zararlar kapsamına; şan, şeref ve kişilik haklarına verilen zararlar, estetik zararlar, fiziksel acılar ve manevi acılar girmektedir.²³¹ Bu anlamda Danıştay şartları gerçekleştiği takdirde beden bütünlüğü bozulan veya yakınlarından biri ölen ya da kişilik hakları tecavüze uğrayan kişi lehine manevi tazminata hükmetmektedir.²³²

Şahsiyet hakkına konu olmayan maddi bir şeye zarar verilmesinden kural olarak manevi zarar meydana gelmez. Ancak hasara uğrayan şeye karşı duyulan manevi ilgi dolayısıyla şahsi bir varlığın ihlal edildiğinin ortaya konulması durumunda manevi zarar doğabilmektedir. Mesela hatıra değeri olan bir şeyin hasara uğratılması,²³³ bir kimsenin anı değeri oldukça yüksek olan bir vazosunun parçalanması, yine anı değeri yüksek olan bir yakının bir daha temin edilmesi mümkün olmayan resminin parçalanması gibi.²³⁴

²²⁹ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Oktay-Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 9. Baskı, İstanbul 2009, s. 134

²³⁰ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.515; Tekinay, “v.d.”, a.g.e., s.521-887; Güran, a.g.m., s. 153; Esin, a.g.e., s. 453.

²³¹ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1192-1198.

²³² Akyılmaz, a.g.m., s. 176.

²³³ Tandoğan, a.g.e., s.330; Esin, a.g.e., s. 453.

²³⁴ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 320-322.

Manevi zararın oluşabilmesi için ikinci şart, şahsiyet haklarına yapılan haksız bir saldırı dolayısıyla bir kimsenin duyduğu bedensel veya ruhsal acı, ıstırap, elem ve yaşam zevkinde bir azalma, yani şahsiyet haklarının yapılan saldırı sonrasında eksilmesidir. Yani, davranış şahsiyet haklarına haksız bir saldırı oluşturmakla birlikte, tecavüze uğrayan yönünden bir manevi zarara yol açmamışsa, tecavüze uğrayanı toplumun değer yargılarına göre küçük düşürmemişse onda bir acı ve eleme sebep olmamışsa, sonuç olarak zarar doğmamış ise manevi tazminata konu olamayacaktır.²³⁵ Manevi zarar malvarlığı değerlerinde meydana gelen bir eksilme olmayıp, gerçek anlamda bir zarar olarak nitelendirilemez. Zaten manevi tazminat da, mameleki zarar kavramına dayandırılmaz. Acı parası, manevi tatmin akçası sayılır. Dolayısıyla maddi zarar hesap edilirken, manevi zarar takdir edilir.²³⁶

Doktrinde, manevi zararın varlığının ortaya konulabilmesi ve kapsamının belirlenebilmesi amacıyla, iki görüş ileri sürülmüştür. Objektif görüşe göre; kişilik değerlerine yapılan saldırı sonucu, objektif olarak meydana gelen eksilme manevi zararı ifade eder. Yani, bu görüşe göre, kişilik haklarını oluşturan ve hukukça korunan değerlere karşı yapılan her saldırı, objektif olarak bir zarara yol açar. Manevi zararın doğmuş olduğunun kabulü için, ayrıca mağdurun acı çekmiş olmasına gerek yoktur. Çekilen acı ve benzeri duygular, objektif görüş doğrultusunda, uğranılan manevi zararın kendisini değil; ancak, sonuçlarını ifade eder.²³⁷

Buna karşılık doktrinde savunulan diğer görüş olan sübjektif manevi zarar görüşüne göre, manevi zarar kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde meydana gelen acı, keder, üzüntü, yaşama zevk ve sevincinin

²³⁵ Reisoğlu, a.g.e., s. 189.

²³⁶ Rona Serozan, “**Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım**”, Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü YayınıNo.239, Ankara, 1990, s. 70.

²³⁷ Çiğdem Akbulut, 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilen Medeni Kanunun 24 ve 24 a, Borçlar Kanununun 49 uncu Maddelerine Göre, Kişilik Hakkının İhlalinden Doğan Manevi Tazminat Talebinin Hukuki Niteliği ve Şartları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1989, s. 33.

azalmasıdır.²³⁸ Bu görüşe göre; manevi zararın varlığından söz edilebilmesi için bu değerlerde objektif bir azalmanın, yani kişilik hakkının veya değerinin haksız bir saldırıya uğramasının yeterli olmadığı, objektif unsurun yanında bir de sübjektif unsurun gerçekleşmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Objektif ve sübjektif unsur aynı olayda birlikte gerçekleşmelidir. Objektif unsur, zarar görenin kişilik değerlerinden birinin (yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, aile hayatı gibi) objektif olarak bir saldırıya uğramasını ifade eder. Sübjektif unsur ise, zarar görenin söz konusu ihlal sonucu kişiliğinde, manevi varlığında meydana gelen bu eksilmeyi yaşaması, duyması, onu hissetmesi, bunun sonunda acı elem ızdırap çekmesidir. Sübjektif teori olarak adlandırılan bu teoriye göre, zarar gören, kişilik değerlerine şahıs varlığına yapılan saldırı ve ihlal sonucu yaşama zevk ve sevincinde bir eksilme hissetmeli, huzur rahatlık ve mutluluk duyguları azalmalı, iç dengesi ve özellikle ruhsal bütünlüğü bozulmalı sarsılmalıdır.²³⁹ Gerçekleşmiş bir saldırı sonucunda, mağdurun acı ve üzüntü duymamış olması durumunda, bu görüşe göre, bir manevi zararın doğmuş olduğundan ve dolayısıyla mağdurun manevi tazminat talebinde bulunma hakkından söz edilemez.

Sübjektif görüş, manevi zararı, kişinin iç dünyasında yarattığı olumsuz etkileri yaşaması, hissetmesi açısından değerlendirdiğinden, bu görüş doğrultusunda, mağdur olan kişinin temyiz kudretine sahip olmaması durumunda, manevi zarara uğramış olduğundan söz edilemez.²⁴⁰ Bu görüş kabul edildiği takdirde; temyiz kudreti yerinde olmayan bir kişinin manevi varlığının ihlal edilmesi durumunda, söz konusu ihlalin ağırlığına bakılmaksızın, olayda kişinin acıyı hissetmemesinden dolayı, manevi zararın oluşmadığının da kabul edilmesi sonucunu doğuracaktır. Yine bu görüşün kabul edilmesi durumunda tüzel kişilerin, gerçek kişiler gibi acı çekmesi, manevi değerlerinin ihlalden üzüntü duyması, söz konusu olamayacağından bunların manevi zarara uğramaları ve dolayısıyla manevi

²³⁸ Çiğdem Kırca, “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, YD. 1999, S. 3, C. 25, s. 244.

²³⁹ Eren, a.g.e., C.2, s. 499.

²⁴⁰ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 183.

tazminat davası açabilme imkânları da kalmayacaktır.²⁴¹ Oysa bu gibi kişilerin de şahsiyet hak ve değerlerinin tamamına veya birçoğuna sahip bulundukları inkâr kabul etmez bir gerçektir.

Danıştay'ın verdiği kararlara bakıldığı zaman zararın varlığını objektif görüş doğrultusunda belirlediği görülmektedir: "... idari işlem ve eylemden zarar gören, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir, ve tüzel kişinin uğradığı maddi ve manevi zarar, idari hukukunun tazminat ile ilgili kuralları çerçevesinde idarece giderilir..."²⁴²

Yargıtay'ın da tüzel kişilerle, sağ doğmak şartıyla ana rahminde olanlar, küçükler, akıl hastası ve akıl zayıfları yönünden objektif görüş doğrultusunda zararın varlığını belirlemektedir.²⁴³

Manevi zararın doğabilmesi için aranan son şart ise şahıs varlığındaki azalmanın irade dışı oluşmasıdır. İrade dışı zarar hakkında maddi zarar konusunda anlatılanlar burada da geçerli olduğundan tekrar edilmeyecektir.

E. Devletin Çeşitli Faaliyetleri Nedeniyle Zararlar

Devlet dışındaki tüm kamu tüzel kişilerinin idari faaliyetlerinden dolayı, idari sorumluluğu olduğu bilinmektedir. Ancak devletin bütün faaliyetleri idari nitelikte değildir. Devletin yasama ve yargı faaliyetleri de vardır. ²⁴⁴ Devlet faaliyetlerinin yasama, yürütme ve yargı olarak üç ana bölümde toplandığı bilinmektedir.²⁴⁵ Anayasa'nın "Genel Esaslar" başlıklı birinci bölümünde, egemenliğin kayıtsız şartsız Millet'in olduğu ve Türk Milletinin egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre Yasama, Yürütme ve Yargı organları

²⁴¹ Tekinay, v.d., age, s. 668.

²⁴² D.12.D., 28.6.1979 tarih ve E. 1977/3288, K. 1979/2828 sayılı kararı, (Akyılmaz, a.g.e., s. 215).

²⁴³ Eren, a.g.e., s. 482-486.

²⁴⁴ Gözler, a.g.e., C. II, s. 957.

²⁴⁵ Başpınar, a.g.m., s. 482.

eliyle kullanacağı öngörülmüştür.²⁴⁶ Diğer yandan Devlet yasama, yargı ve yürütme'den ibaret olan fonksiyonunu yerine getirirken, söz konusu fonksiyonlara ait görev ve yetkiler ayrı ayrı kullanılmakla birlikte, bu görev bölümü mutlak olmayıp, yasama ve yargı organlarının idari hizmetleri olduğu gibi, idarenin de yasama ve yargı hizmetlerine katıldığı bilinmektedir.²⁴⁷

Devlet söz konusu fonksiyonları esnasında ya da bu fonksiyonları dolayısıyla kişilerin haklarını ihlal etmiş ve onlara bir takım zararlar vermiş olabilir. Acaba bu fonksiyonların ve bunların her birinin içinde ifa edilen tali fonksiyonların, kişiler açısından meydana getirebileceği bütün zararlar devletin sorumluluğunu doğurup ihtilaf konusu yapılabilecek midir?²⁴⁸

Anayasa'nın 125. maddesinde "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiş" ve yine aynı maddenin son fıkrasında "idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" demiştir. Görüldüğü üzere Anayasa, yürütme ve idare alanında sorumluluk ilkesini koymakla beraber, yasama ve yargı fonksiyonları dolayısıyla kişiler açısından meydana gelen zararların sorumluluk doğurup doğurmayacağı konusunda herhangi bir düzenleme getirmemiştir.²⁴⁹ Yasama ve yargı organlarının faaliyetlerinden dolayı tazmin sorumluluğu konusunun henüz açıklığa kavuştuğu söylenemez. Ancak, idarenin sebebiyet verdiği zararlar tazmin sorumluluğuna konu olduğu halde, yasama ve yargı faaliyetlerinden doğan zararların tazmin edilmemesi meselesi kolayca izah olunamaz.²⁵⁰

Devletin sorumluluğu sorunu, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları açısından farklılık arz ettiğinden bunların ayrı ayrı incelenmesi yararlı olacaktır.

²⁴⁶ D.10.D. 17.10.2007 tarih ve E.2007/1376, K.2007/4756 sayılı kararı, D.D. Y. 38, S.118, 2008, s. 320-321.

²⁴⁷ Başpınar, a.g.m., s. 482.

²⁴⁸ Onar, a.g.e., C. III, s. 1725.

²⁴⁹ Lütfi Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, TODAİE Yayını, No. 138, Ankara, 1974, s.3-4.

²⁵⁰ Başpınar, a.g.m., s. 483.

1. Yasama Organının Faaliyetlerinden Doğan Zararlar

Anayasamızın 7. maddesine göre, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez”. Yine Anayasanın 87. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri düzenlenmiştir.²⁵¹ Türkiye Büyük Millet Meclisinin en önemli görevi kanun yapmaktır.²⁵² Burada yasama faaliyeti ile kastolunan maddi niteliği itibariyle yasama işlemleri sırf yasama organı tarafından kanun adı altında yapılan hukuki işlemlerdir.²⁵³ Acaba devletin yasama faaliyetinden dolayı sorumluluğu söz konusu olacak mıdır? Fransa’da uzun süre “devletin sorumsuzluğu” ilkesi kabul edilmiştir. Bunun temel nedeni ise; yasama organının egemen olduğunun ve kanun da milletin genel iradesi olduğunun varsayılmasıdır. Dolayısıyla Milletin temsilcisi olan yasama organının kusurlu davranamayacağı kabul ediliyordu. Ancak Fransız Danıştay’ı 14 Ocak 1938 tarihli La Fleurette kararıyla belirli koşullar altında “devletin kanunlardan dolayı sorumluluğunu” kabul etmiştir.²⁵⁴

Türk Hukukunda da “yasama organı kusurlu davranmaz” ilkesinin geçerli olduğu söylenebilir.²⁵⁵ Devletin egemenliğe ve kamu kudretine istinaden icra ettiği ve bu kudretin en kuvvetli karakterini haiz olan yasama fonksiyonudur. İşte yasama fonksiyonunun bu özelliği nedeniyle ki doktrin ve içtihat esas itibariyle bu fonksiyondan dolayı devletin mali sorumluluğunun

²⁵¹ Anayasa’nın 87. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin yetkileri; kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek; Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek; bütçe ve kesinhesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilanına karar vermek; milletlerarası anlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmek olarak belirtilmiştir. (Tunç, Bilir, a.g.e., s. 104-108).

²⁵² Tunç, Bilir, a.g.e., s. 27-28-29.

²⁵³ Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku I, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 134.

²⁵⁴ Gözler, a.g.e., C. II, s. 957-958.

²⁵⁵ Gözler, a.g.e., C. II, s. 958.

olmadığı görüşündedir. Bu sorumluluğun hiçbir zaman Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu esaslarıyla izah edilmesine ve bu esaslara dayandırılmasına imkan bulunmamaktadır.²⁵⁶

Burada özellikle üzerinde durulması gereken mesele, sırf bir kanun ya da kanun hükmünde kararname çıkarılmış olması nedenine dayanılarak, devletin tazmin sorumluluğunun doğup doğmayacağı meselesidir.²⁵⁷ Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, yasama fonksiyonu dolayısıyla devletin sorumluluğu meselesi, kanunların anayasaya uygunluğu sorunundan tamamen farklı bir boyut arz etmektedir. Burada söz konusu olan husus kanunun uygulanması nedeni ile kişilerin malvarlıklarında meydana getireceği zarardır. Kanunlar idare tarafından uygulanırken, fiiliyat kanuna dayandığı için hukuki bir ihtilafın söz konusu olmaması gerekmektedir. Oysa burada zarar kanunun tatbiki nedeniyle meydana gelmiş ise, yani bir kısım fertlere özel ve anormal bir külfet yüklüyorsa ve bu suretle başkalarına nazaran o ferde bir zarar veriyorsa, söz konusu zararın tazmin edilip edilmeyeceği önemli bir sorundur. Burada çeşitli ihtimaller karşımıza çıkabilir.²⁵⁸

Bazen, kanun bu özel ve istisnai zararı nazara alarak tazminat hakkında bir hüküm koyabilir. Burada kanun koyucu, kanun yaparken bazı kişilerin uğrayacakları özel ve olağan dışı zararların Devletçe karşılanmasını amaçlamış olabilir.²⁵⁹ Özellikle devletleştirme işlerinde, inhisarlar tesisinde kanunlarda bunların tatbikinden zarar görenlerin zararlarının tazmini hususunda hükümler konabilir. Örneğin ülkemizde Ereğli Kömür Havzası hakkındaki kanunlarda eski imtiyaz sahiplerinin, kiracıların ve sair hak sahiplerinin haklarını tazmin edecek hükümler konmuştur.²⁶⁰ Burada kanun ile, yapılan düzenleme nedeni ile bazı kimselerin uğrayacakları zararların

²⁵⁶ Onar, a.g.e., C. III, s. 1725.

²⁵⁷ Esin, a.g.e., s. 1.

²⁵⁸ Onar, a.g.e., C. III, s. 1728.

²⁵⁹ Esin, a.g.e., s. 2.

²⁶⁰ Onar, a.g.e., C. III, s. 1729.

tazmini konusunda hüküm getirilmiş ise; söz konusu düzenleme çerçevesinde, zarara uğrayan kimseler tazminat talebinde bulunabilecek ve devletin tazmin sorumluluğuna hükmedilecektir.

Buna karşın; bazı hallerde kanun menfi bir hüküm yani tazminat verilemeyeceğine dair bir hüküm ihtiva edebilir. Bu takdirde zarar gören kimse tazminat talebinde bulunamayacak, yani devletin sorumluluğu söz konusu olamayacaktır.²⁶¹ Bu takdirde hakim kanunun anayasaya ve hukukun genel esaslarına uygunluğunu denetleyemeyeceğine ve bu husus Anayasa Mahkemesinin yetki ve görevine gireceğine göre bu kanun hükmünü tatbik edecek veya Anayasaya aykırılık iddiasını bir bekletici mesele yaparak konuyu Anayasa Mahkemesine gönderecektir.²⁶²

Kanunda tazminat verilir verilemeyeceği, miktarı ve takdir tarzı hakkında hüküm yoksa, bir kanunun tatbikinden meydana gelen zararların tazmini meselesi doktrinde tartışılmaktadır. BAŞPINAR'a göre; bir kanun ya da kanun hükmünde kararname çıkarılmış olması nedeni ile bir ya da birkaç kimse anormal ve özel bir zarara uğramışsa, kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesine göre bu zararın tazmini gerekirse de, kanun'da idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanların tam yargı davası açabilecekleri düzenlenmiş bulunduğundan, yasama organlarının yasama faaliyetlerinden doğan zararların tazmini için davaların reddolunacağı düşünülebilir.²⁶³ ESİN'e göre, yasama yetkisinin kullanılmasından doğan maddi anlamdaki yasama tasarruflarından ötürü devletin sorumlu tutulamayacağı, yani, sırf bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin çıkarılmış olması nedenine dayanarak Devletten tazminat isteyebilme olanağının bulunmadığı, yasama yetkisinin şu ya da bu biçimde kullanılmış

²⁶¹ Ragıp Sarıca, İdari Kaza, C.I, İdari Davalar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949, s. 195-197.

²⁶² Onar, a.g.e., C. III, s. 1729.

²⁶³ Başpınar, a.g.m., s.483; Esin'e göre, yasama yetkisinin şu ya da bu biçimde kullanılmış ya da meydana getirilen yasama işleminin hukuki değeri, bir tazminat davasına konu yapılamaz, Aksi yönde; Yayla'ya göre ise, devletin yasama faaliyetinden dolayı sorumluluğu artık hukukumuzda yabancı değildir.

ya da meydana getirilen yasama işleminin hukuki değerinin, bir tazminat davasına konu yapılamayacağı kabul edilmektedir.²⁶⁴

Ancak YAYLA'ya göre ise, devletin yasama faaliyetinden dolayı sorumluluğu artık hukukumuza yabancı değildir.²⁶⁵ Yine SARICA; eşitlik ilkesinden hareketle, kanunda zararın tazimin hususunda bir hüküm bulunmaması halinde, tazminat verilmesi gerekeceğini belirtmektedir.²⁶⁶

Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, kanunlardan dolayı devletin mali sorumluluğunun bulunmadığı görüşündedir.²⁶⁷ Danıştay Onikinci Dairesi yasama organınca çıkarılan kanunların uygulanmasından doğan zararlardan idarenin sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir.²⁶⁸ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de bir kararı ile idarenin hukuka aykırı bir işleminden değil, uygulanması idare için zorunlu olan bir yasadan kaynaklanan zararlardan dolayı idarenin sorumlu tutulamayacağı yönünde karar vermiştir.²⁶⁹

Bunun yanında yasama organının idari nitelikteki faaliyetleri de bulunmaktadır. Bunlar esasen yasama organının da çalışan ve parlamento üyesi olmayan, yani idari personele yönelik işlemlerdir. Söz konusu personelin işe alınması, disiplin işleri azilleri, emeklilikleri gibi işlemler idari nitelikteki işlemler olup, bunlara ilişkin olarak açılacak davalar idari yargıda görülecektir. Aynı şekilde idare işlevine ait işlemlerin yasama organınca yapılmış olması durumunda bunlara ilişkin olarak açılacak davalar idari yargıda görülecektir.²⁷⁰ Yine bu personelin ve yasama organının idare

²⁶⁴ Esin, a.g.e., s. 1.

²⁶⁵ Yayla, a.g.e., s. 135.

²⁶⁶ Sarica, a.g.e., s. 201-202.

²⁶⁷ Gözler, a.g.e., C. II, s. 958.

²⁶⁸ D.12.D. 23.02.1966 tarih ve E.1965/3669, K.1966/547 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, s.958.

²⁶⁹ AYİM. 1. Dairesi, 20.12.1994 tarih ve E.1994/149, K.1994/1490 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, s. 958.

²⁷⁰ Nitekim Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 9 üyesinin Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'na seçimi ve atanmasına ilişkin 14.7.2005 günlü, 25875 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan TBMM Kararının iptali ile davacının Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyeliği görevinin

organlarının üçüncü kişilere verdiği zararlar, idari niteliktedir ve bunlara karşı idari yargıda dava açılacaktır. Bunun yanında yasama organına ait parlamento binası, araç ve gereçleri ile ilgili faaliyetlerinden ve kararlarından doğan zararın tazmini için dava açılabilecektir.²⁷¹

2. Yürütme Organının Faaliyetlerinden Doğan Zararlar

Yürütme organının sorumluluğu ile kastedilen, idarenin hukuki sorumluluğu mevzuudur. Zira, idare hukuku açısından yürütme organı ile idare organı, yürütme fonksiyonu ile idare fonksiyonu arasında bir özdeşlik vardır. Bunların ayrılığı sadece siyasal hukuk ve anayasal hukuk alanındadır.²⁷²

İdarenin sorumluluğu ise, idari sorumluluktan daha geniş bir kavramdır. Çünkü idarenin sorumluluğu medeni sorumluluğu yani özel hukuk alanındaki sorumluluğu içerdiği gibi, idarenin kamu hukukuna dayanan sorumluluğunu yani idari sorumluluğunu da içermektedir. Gerçi idarenin özel hukuk sorumluluğu ile kamu hukuku sorumluluğunun her ikisi de aynı amaca, yani idarenin başka kişilere verdiği zararları tazmin etme amacına dayanmaktadır. Ancak, her ikisinin hukuki rejimleri farklılık arz etmektedir. İdarenin özel hukuk sorumluluğuna özel hukuk kuralları yani Borçlar Kanunu uygulanırken, idari sorumluluk alanında ise kamu hukuku kuralları uygulanır.

sona erdirilmesi sonucunu doğuran bu karardan dolayı yoksun kaldığı aylık ve diğer özlük haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine ve göreve iadesine hükmedilmesi istemiyle açılan davada Danıştay; “İdare işlevine ait işlemlerin yasama organınca yapılmış olması, işlemin idari niteliğini değiştirmeyeceği gibi, bunların yargısal denetim dışında bırakılması hukuki sonucunu da doğurmaz. Zira bu tür işlemlerden çok daha üstün hukuk normları olan kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya Mahkemesi önünde iptal davalarına konu edilmeleri mümkün iken, yasama organının idari işlemleri üzerinde yargısal denetimin yapılmaması hukuk devleti ilkesine uygun düşmez.

Bu nedenle, yürütme erki içinde bulunan bir üst kurula kamu görevlisi atanmasına ilişkin uyuşmazlık konusu TBMM kararı, idare fonksiyonuyla ilgili olduğundan, iptal davasına konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem olduğu” vurgulamıştır. (D.5.D. 24.1.2007 tarih ve E.2005/5627, K.2007/72 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 12 Ağustos 2009).

²⁷¹ Onar, a.g.e., C. III, s.1733; Esin, a.g.e., s. 3.

²⁷² Esin, a.g.e., s. 3.

Yine her ikisinin tabi olduğu yargı düzenleri farklıdır. Özel hukuk alanında doğan uyuşmazlıklara adli yargıda bakılırken, kamu hukuku alanındaki uyuşmazlıklar idari yargıda karara bağlanır.²⁷³

Genel olarak denilebilir ki idarenin bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine tabidir ve idare kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı tazminle yükümlüdür.²⁷⁴ Nitekim idarenin sorumluluğu hususunda Anayasa'nın 125. maddesi ile, hukuki rejim ayrımı yapılmaksızın, genel bir düzenleme getirilmiş ve idarenin tüm faaliyetlerine uygulanma yeteneği taşıyan bir tazmin yükümü ilkesi konularak, idarenin geniş anlamda sorumlu olduğu hususu vurgulanmıştır.²⁷⁵ Burada inceleme konusu yapılacak olan ise, idarenin kamu hukukundan kaynaklanan sorumluluğudur.

İdarenin, idari sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, idarenin faaliyetinin kamu hukukuna tabi bir faaliyetin sonucu olarak, yani bir idari işlem ya da eylem sonucu ortaya çıkması gerekmektedir. Bunun için de söz konusu eylem ve işlemin kim ya da hangi organ tarafından yapıldığına değil, kararın zat ve mahiyetine dikkat etmek gerekir.²⁷⁶ Devletin ve diğer idari hükmi şahıslarının hukuki ve mali sorumluluklarının en geniş ve esaslı uygulama alanı bulduğu yer idari faaliyetler sahasıdır. Zira devlet ve diğer idari hükmi şahısları idari faaliyetlerini yerine getirirken gerçekleştirdiği işlem ve eylemleri dolayısıyla birey ve toplulukların menfaatlerini sıkça ihlal edebilmektedir. Yasama ve yargı fonksiyonları dolayısıyla doğabilecek zararların tazmini meselesi istisnai olduğu ve de sınırlı esaslarla açıklanabildiği halde, idari faaliyetler alanında, meydana gelebilecek her zararın, “muhtel olan” her hakkın tazmini esas ve kuraldır.²⁷⁷

²⁷³ Gözler, a.g.e., C. II, s. 942.

²⁷⁴ Başpınar, a.g.m., s. 483.

²⁷⁵ Özgüldür, a.g.e., s. 11.

²⁷⁶ Başpınar, a.g.m., s. 483.

²⁷⁷ Onar, a.g.e., C. III, s. 1736.

3. Yargı Organının Faaliyetlerinden Doğan Zararlar

Anayasa'nın 9. maddesinde; yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı belirtilmiştir.²⁷⁸ Devletin sorumluluğu açısından, yargı fonksiyonunun yerine getirilmesinde bir tazmin sorumluluğunun doğup doğmayacağı önemli bir mesele teşkil etmektedir. Fransa'da uzun süre "yargı faaliyetlerinden dolayı devletin sorumsuzluğu ilkesi" kabul edilmiştir. Zira yargı fonksiyonu idari bir fonksiyon olmayıp, mahiyeti gereği bireylere zarar vermesi düşük bir ihtimaldir. Yargı fonksiyonu hukuka aykırılık iddialarını ve uyuşmazlıkları karara bağlayan fonksiyondur.²⁷⁹

Türkiye'de yargı faaliyetlerinden dolayı, aksine kanun hükmü bulunmadıkça, devletin sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir.²⁸⁰ Türk Kanun koyucusunun kabul etmiş olduğu sistem de yargı organının salt yargısal faaliyetlerinden dolayı, kural olarak devletin sorumluluğunun bulunmadığıdır. "Fonksiyonel bakımdan, yasama ve yürütmeden ayrı olup, bağımsız bir organ olan yargının, yargılama süreci ile ilgili işlemleri, Anayasanın 125. maddesinde öngörülen "idari işlemler" kapsamına girmemektedir."²⁸¹ Ne medeni hukukun, ne de idare hukukunun sorumluluk teorileri buna müsait değildir.²⁸² Yani Kanun'da idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanların tam yargı davası açabilecekleri düzenlenmiş bulunduğundan, yargı organlarının yargı kararlarından doğan zararların tazmini için davaların görev ve esas yönünden reddolunacağı düşünülebilir.²⁸³

²⁷⁸ D.10.D. 17.10.2007 tarih ve E.2007/1376, K.2007/4756 sayılı kararı, D.D. Yıl.38, S.118, 2008, s. 320-321.

²⁷⁹ Gözler, a.g.e., C. II, s. 960.

²⁸⁰ Gözler, a.g.e., C. II, s. 960.

²⁸¹ D.10.D. 18.6.2008 tarih ve E.2006/6131, K.2008/4559 sayılı kararı, D.D. Y..39, S.120, 2009, s. 308.

²⁸² Onar, a.g.e., C. III, s.1736; ESİN, a.g.e., s. 2.

²⁸³ Recep Başpınar, a.g.m., s.483, Nitekim Danıştay bir kararında; Adli yargı yerince verilen kitap toplatma kararı nedeniyle, uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle Adalet Bakanlığı hasım gösterilmek suretiyle açılan davada; Adalet Bakanlığının ajanı konumunda olmayan hakimlerin verdiği kararlardan dolayı, Adalet Bakanlığı'nın tazminle sorumlu tutulamayacağını

Ayrıca; adli ve idari yargı düzenlerinin birbirine eşit ama bağımsız olması esası, yine her iki organ arasında görev ve yetki ayrılığının bulunması,²⁸⁴ idari yargı hakimlerinin, adli yargı hakimlerinin faaliyetleri hakkında bir denetim yetkisine sahip olmadıkları sonucunu da içerir.²⁸⁵

Nitekim Danıştay'ın, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin ve Yargıtay'ın içtihatları da bu yöndedir.

Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 26 Aralık 1975 tarih ve E.1974/208, K.1975/897 sayılı kararına konu teşkil eden olayda davacı, Danıştay Yedinci Dairesince verilen bir kararın hukuka aykırı olduğu ve bu karar nedeniyle ödediği vergi ve cezanın faiziyle birlikte devletçe tazmini amacıyla Danıştay'da açılan tam yargı davasında Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu; "Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanarak kesin hüküm veren bağımsız mahkeme" olduğu ve "bu sıfatla verdiği kararların kesin olduğu" gerekçesiyle davayı reddetmiştir.²⁸⁶

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de yargı faaliyetlerinden dolayı, aksine kanun hükmü bulunmadıkça devletin sorumlu tutulamayacağı yönünde karar vermektedir. Nitekim Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bir kararında; bir subay telefonla sarkıntılık yapmak suçundan yargılanmış ancak beraat etmiştir. Bu kişi haksız yere yargılandığı ve bu olay nedeniyle kişiliği ve şerefine yıpratıldığı iddiasıyla manevi tazminat davası açmış, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi "ceza yargılaması sebebiyle idarenin tazmin sorumluluğunun söz konusu olamayacağını" belirterek davayı reddetmiştir.²⁸⁷

belirtmiştir (D.10.D. 30.06.2006 tarih ve E.2004/10337, K.2006/4726 sayılı kararı, D.D. Yıl.37, S.114, 2007, s. 289-290).

²⁸⁴ Onar, a.g.e., C. III, s. 1734.

²⁸⁵ Celal Erkut, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayını, No.51, Ankara, 1991, s. 79.

²⁸⁶ DDDGK. 26 Aralık 1975 tarih ve E.1974/208, K.1975/897 sayılı kararı, Aynı yönde; D.10.D. 14.10.1996 tarih ve E.1995/4236, K.1996/7540 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, s. 961-962.

²⁸⁷ AYİM. 1. Dairesi, 14.09.1999 tarih ve E.1999/34, K.1999/771, Gözler, a.g.e., C. II, s. 964.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; “hakimlerin vermiş oldukları kararlardan dolayı Borçlar Kanunun 55. maddesi gereğince devlet aleyhine istihdam eden sıfatıyla tazminat davası açılmayacağı gibi, Anayasa m.120/5’e dayanılarak idare aleyhine “dahi” doğrudan doğruya bir tazminat davası açılmayacağına” hükmetmiştir.²⁸⁸

Yargı faaliyetlerinden dolayı devletin sorumsuzluğu ilkesine kanun koyucu tarafından her zaman bir istisna getirilebilecektir. Zira Anayasa yargılama fonksiyonundan dolayı devletin sorumluluğunu tamamen reddetmemiştir.²⁸⁹ Örneğin; 7 Mayıs 1964 tarih ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan ve Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun’a göre, Kanunda gösterilen durum ve şartlar dışında tutuklananlar ile kanuna uygun olarak tutuklanıp, hakkında kovuşturmayla son verme, beraat veya ceza verilmesine gerek olmadığına dair karar verilenlerin uğramış oldukları zararlar devlet tarafından karşılanır. Bu tür zararların tazmini için zarar görenlerin ikametgahlarının bulunduğu yer ağır ceza mahkemesine başvurmaları gerekmektedir.²⁹⁰ Yine mahkemelerin kuruluş ve işleyişine yani adalet hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin kamu hizmetleri bakımından idarenin sorumluluğuna ilişkin ilkelerin uygulanması mümkündür. Örneğin yargı organının personele ilişkin, bina araç ve gereçleri ile ilgili faaliyetlerinden ve kararlarından doğan zararın tazmini için dava açılabilecektir. Nitekim Danıştay kararlarının da bu yönde olduğu görülmektedir.²⁹¹

Bir de; icra ve iflas işleri, tapu kütüklerinin tutulması gibi yargı fonksiyonuna yardımcı nitelikteki bazı idari faaliyetlerden dolayı devletin sorumluluğu özel kanunlarla ayrıca düzenlenmiştir. Bu durumda bu davalar

²⁸⁸ YHGK., 20.02.1991 tarih ve E.1990/4, K.1991/1 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, s. 965.

²⁸⁹ Duran, a.g.e., s. 3-4.

²⁹⁰ Gözler, a.g.e., C. II, s.960; Başpınar, a.g.m., s. 482.

²⁹¹ Onar, a.g.e., C. III, s.1733; Esin, a.g.e., s. 3.

adli yargı yerlerinde açılır ve bu davalara özel hukuk hükümleri uygulanır.²⁹² Ancak yargı faaliyetlerine yardımcı faaliyetlerden kaynaklanan zararların tazmini için özel kanun hükümleri yoksa bu zararlar idare hukuku esaslarına göre tazmin edilecektir.²⁹³ Zira yargı faaliyetlerinde kesin hükme giden süreçte yapılmış olan ve kesin hüküm niteliğindeki mahkeme kararından esas itibarıyla ayrılabilir nitelikte olan birçok hazırlayıcı işlem ve eylem bulunmakta olup, bunlardan dolayı devletin sorumsuzluğunu gerektirecek bir neden ortada bulunmamaktadır.²⁹⁴ Nitekim Danıştay; hakkında kesinleşen ve infaz edilen hükme rağmen Genel Bilgi Toplama kayıtlarından isminin silinmemesi sonucu, davacını sık sık gözaltına alınması ve ehliyetinin yenilenmemesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; “...Dava dosyasının incelenmesinden; ruhsatsız silah bulundurmak suçundan yargılanarak ceza alan davacının, mahkeme hükmünün infaz edilmesine rağmen, ilgili cumhuriyet savcılıkları tarafından, hakkında çıkartılan yakalama müzekkerelerinin geri alınması konusunda, emniyet birimleri ile irtibat sağlanamaması nedeniyle, belirli aralıklarla gözaltına alınarak mağdur olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, mahkemece verilen hapis cezasının infaz edilmiş olmasına rağmen, daha önce çıkarılan. yakalama müzekkerelerinin Cumhuriyet savcılığınca geri alınmaması, hapis cezasının infaz edildiğinin emniyet birimlerine bildirilmemesi nedeniyle belli aralıklarla gözaltına alınmasından dolayı davacının elem ve üzüntü duyduğu açıktır. Bu nedenle davacının uğradığı manevi zararın olayda hizmet kusuru bulunan davalı idarelerce tazmini gerekte olup, davalı Adalet Bakanlığının iddiası yerinde görülmemiştir. ...” şeklinde karar vermiştir.²⁹⁵

²⁹² Örneğin; İcra ve İflas Kanununun 5. maddesi, Türk Medeni Kanunun 1007. maddesi.

²⁹³ Gözler, a.g.e., C. II, s. 967.

²⁹⁴ Gözler, a.g.e., C. II, s. 960. Aksi yönde; Onar’a göre ise; yargısal tasarruflar kaziye-i muhkeme, kesin hükmün kuvvet ve mahiyetini haizdir. ONAR, a.g.e., C. III, s. 1733; Sarıca’ya göre, yargı organlarının maddi yönden yargısal nitelikte olan ve olmayan tüm tasarrufları hakkında devletin sorumsuzluğu ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir. Sarıca, a.g.e., s. 217.

²⁹⁵ D.10.D. 17.10.2007 tarih ve E.2007/1376, K.2007/4756 sayılı kararı, D.D. Yıl.38, S.118, 2008, s.320-321; “...İdari yönden Adalet Bakanlığına bağlı olan; ancak yargılama görevi kapsamında yürüttükleri hizmet nedeniyle Adalet Bakanlığı’nın ajanı konumunda olmayan savcılarının verdiği kararlardan dolayı, yürütme fonksiyonu içinde yer alan Adalet Bakanlığı’nın sorumlu tutulmasına

Sonuç olarak yargı fonksiyonundan dolayı devletin sorumluluğunun sınırlı ve ancak kanunda hüküm bulunan hallerde geçerli olduğunun kabul edildiği söylenebilir.²⁹⁶

olanak bulunmamakta ise de, savcıların, yargılama fonksiyonu dışında, yasalarla verilmiş idari görevleri de bulunduğundan, yaptıkları idari görevler nedeniyle ve bu kapsamda tesis edilen işlemlerden dolayı Adalet Bakanlığı'nın sorumlu tutulabileceği açıktır..." (D.10.D. 18.6.2008 tarih ve E.2006/6131, K.2008/4559 sayılı kararı, D.D. Yıl.39, S.120, 2009, s. 308), Aynı yönde; D.10.D. 10.04.1992 tarih ve E.1992/2925, K.1992/1351 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, s. 968.

²⁹⁶ Onar, a.g.e., C. III, s. 1735.

İKİNCİ BÖLÜM

MADDİ VE MANEVİ ZARARIN KAPSAMI

I. GENEL OLARAK

Bilindiği üzere zarar, zarar görenin malvarlığı veya şahısvarlığını oluşturan hukuki değerlerde iradesi dışında meydana gelen azalmadır. Söz konusu zararın tazmini ise zararın kapsamının belirlenmesi ile doğrudan ilintilidir. Zira tazmin yükümlülüğü hukuki sorumluluğu tespit edilen hukuk sujesine yargı organınca yüklenen maddi ödevi ifade eder.²⁹⁷ Genel olarak zararın kapsamı belirlenirken maddi zarar ve manevi zarar şeklinde ikili bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre idarenin tazmin sorumluluğunun kapsamına maddi ve manevi zararlar dahil olmaktadır. Türk Hukuk öğretisinde de esas olarak zararın kapsamına bu iki tür zarar dahil edilmektedir.

Dar anlamda zararın kapsamına, yalnızca maddi zarar girer. Bir başka deyişle, dar anlamda zarar deyimiyle, maddi zarar kastedilmiş olur. Geniş anlamda zarar ise, maddi zararlarla birlikte, manevi zararı da ifade eder.²⁹⁸ Daha önce de belirtildiği üzere maddi zarar; bir kişinin malvarlığında isteği dışında meydana getirilen ve para ile değerlendirilebilen azalma olarak tanımlanılmakta, manevi zarar ise; mal varlığı dışındaki haklara ve ruhi varlığa dokunan zararların karşılığını oluşturmakta, kişinin manevi bakımdan uğradığı kayıpları ifade etmektedir. Fransız İdare Hukuku öğretisinde ise; zararın kapsamı maddi zarar, gayri maddi zarar ve manevi zarar olarak belirlenmektedir. Buna göre maddi zarar; zarara uğrayan kişinin fiziki duygusunu etkileyen gözle görülebilen zarardır. Gayrimaddi zarar ise malvarlığı üzerinde bazen önemli etkiler doğurmasına rağmen gözle görülmeyen zararlardır. Bir kimsenin onuruna yapılan saldırı sonucu, bu

²⁹⁷ Esin, a.g.e., II. Kitap, s. 441.

²⁹⁸ Tandoğan, a.g.e., s. 63.

kimsenin maddi olarak kayba uğraması bu kapsama girer. Manevi zarar da; duygulara verilen zarar olarak tanımlanmaktadır.²⁹⁹

Yukarıda da belirtildiği gibi zararın kapsamının belirlenmesi meselesi zararın tazmini konusu ile doğrudan ilintili olup, bu iki kavram arasında fiili ve hukuki bir bağ bulunmaktadır. Esasen tazmin, herhangi bir işlem ve eylemden meydana gelen zararlı bir sonucun bu eyleme maruz kalarak zarara uğrayan ve bu suretle fiilen malvarlığında bir azalma meydana gelen kimse yerine bu zararlı sonucun hukuken failinin malvarlığına yükletilmesidir.³⁰⁰

İdarenin tazmin yükümlülüğü ise genel olarak idari faaliyet sonucunda, idarenin kusuruyla ya da kusursuz olarak, faaliyetin muhatabının veya üçüncü şahısların, şahıs ya da malvarlığında meydana gelen eksilmenin, idare tarafından giderilmesi yükümlülüğüdür. İdarenin tazmin yükümlülüğü idare hukukunun temel ilkelerinden kaynaklanmaktadır. Bir Danıştay kararında da belirtildiği gibi, “kamu hizmetinin görülmesi sırasında meydana gelen zararın belirli bir veya birkaç kişiye yükletilmesine olanak bulunmadığı gibi, ortaya çıkan zararın kamuca yüklenilmesi de idare hukukunun hak, adalet ve eşitlik ilkeleri gereğidir.”³⁰¹ Yine Anayasa’nın 125. Maddesinde ifadesini bulan “idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” hükmü Devletin ya da diğer kamu tüzel kişilerinin, zararı tazmin yükümlülüğünü doğrulamaktadır.

İdare Hukukunda zararın tazmin şekilleri, tazminatın tespiti ve hesaplanması hususunda uygulanan esaslar büyük ölçüde genel sorumluluk esasları ile aynı olmakla birlikte özel hukuktan farklı olarak tazmin borcunun yalnız para borcu olduğu bilinmektedir. Bu nedenle zarar görenin bundan

²⁹⁹ Xavier Delcros, Bertrand Delcros, Carol Harlow, Michel Distel, Fransız Hukuk Sisteminde İdari Sorumluluk Rejimi; Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu, Çeviren; Turgut Candan, Danıştay Yayını, No:39, Ankara, 1984, s. 64.

³⁰⁰ Onar, a.g.e., C.III, s. 1714.

³⁰¹ D.10. D. 7.6.1990 tarih ve E.1989/2476, K.1990/1342 sayılı kararı, (Akyılmaz, a.g.m., s. 168).

başka bir talepte, örneğin; aynen ifa, eski halin iadesi gibi taleplerde bulunması mümkün değildir.³⁰² Zira aynen tazmin yolunun uygulanmasına çoğu kez maddi olarak olanak bulunmamaktadır. Örneğin bir bayındırlık yapısının varlığından doğan zararın ayıca tazmin edilebilmesi için bu yapının ortadan kaldırılması gerekebilir ki bunun kamu yararı açısından doğuracağı birçok sakınca mevcuttur. Bu konudaki diğer bir sakınca ise, aynen tazmin hususundaki talepler yargı merciinin idareye vereceği bir emir ile yerine getirilebilir. Bu durum ise etkin olan idarenin yargı organı karşısındaki bağımsızlığı ilkesi ile bağdaştırılamaz. İdare ve yürütme organının özdeşliği nedeniyle, aynen tazmin “Kuvvetler Ayrılığı” ilkesinin zedelenmesine de yol açar. İşte bu sakıncaları yüzünden idari yargıda aynen tazmin ilkesi tercih edilmektedir.³⁰³

II. MADDİ ZARARIN KAPSAMI

Maddi zarar; bir hukuk süjesinin mal varlığında idari eylem ya da işlem nedeniyle o süjenin isteği dışında ortaya çıkan kayıp ve eksilmenin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun hukuki adıdır.³⁰⁴ Maddi zarar ölüm nedeniyle meydana gelen zarar, cismani zarar ve mala ilişkin zarar unsurlarından oluşur. Maddi zarar, malvarlığındaki eksilmedir. Bu eksilme malvarlığının zarar verici eylemin işlenmesi ile içine düştüğü durumla, şayet bu eylem olmasaydı malvarlığının hal ve gelecekte bulunacak olduğu durum arasındaki farktan ibarettir.³⁰⁵ Zira sorumluluk hukukunun özelliği, mümkün olduğunca zarar nedeniyle bozulan dengeyi tekrar kurmak ve mağduru masrafları sorumluya ait olmak üzere zarar verici eylemden önceki haline kavuşturmadır.³⁰⁶ Maddi zararların parayla ölçülebilir zararlar olduklarından

³⁰² Akyılmaz, a.g.m., s. 167-168.

³⁰³ Esin, a.g.e. esas, s. 14-15.

³⁰⁴ D.10.D. 25.12.1996 tarihli ve E.1995/6323, K.1996/8699 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 991-993.

³⁰⁵ AYİM. 3.D 22.5.1979, E.1979/218, K.1979/252, Serdar Özgüldür, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Ankara, 1996, s. Ankara, 1996, s. 338.

³⁰⁶ Mustafa Kılıçoğlu, Tazminat Esasları ve Hesaplama Yöntemleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 2008, s. 59,

şüphe edilmemektedir.³⁰⁷ Buna göre zarar görenin malvarlığındaki zarar verici eylem öncesi durumun maddi değeri itibari ile yeniden kurulması, maddi zararın kapsamının belirlenmesinde önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda zararın tazmini de maruz kalınan zararı tam olarak karşılamaya yönelik olmalı, hiçbir şekilde onu aşmamalıdır.³⁰⁸

Maddi zararın tazmini için istenilen tazminata “maddi tazminat” adı verilmektedir. Yani maddi tazminat bir şahsın malvarlığında, iradesi dışında meydana gelen eksilmenin karşılanması için, zarardan sorumlu olan tarafın yerine getirmekle yükümlü olduğu edimdir. Maddi tazminatın amacı, zarar verici olay meydana gelmeseydi, zarar görenin malvarlığı hangi durumda bulunacak idiye, o durumu maddi değeri itibariyle yeniden tesis etmektir.³⁰⁹ Tazmin borcu mağdurun uğradığı zararın tamamını kapsamaktadır. Gelecekte tesirini gösterecek olan ve para ile tatmini mümkün olmakla beraber, miktarı belirli olmayan zararlar da tazmin borcu doğurur.³¹⁰ Nitekim Danıştay bazı kararlarında bedensel zarar nedeniyle kişinin evlenme şansının azalmasını bir maddi zarar olarak kabul edip tazmini yoluna gidildiği³¹¹ gibi, yine uğranılan bedensel zararlar nedeniyle kişinin girebileceği meslek gruplarının sınırlandırılmasını da maddi zarar olarak kabul edip bu zararın tazmini yoluna gitmektedir.³¹²

İdare Hukuku yönünden maddi zararın hangi zarar unsurlarını kapsayacağı ve bunun para olarak karşılığının nasıl hesaplanacağı konusunda yasalarımızda bir hüküm bulunmamaktadır.³¹³ Uygulamada genel olarak idari yargı yerlerince olayın oluşuna ve niteliğine göre maddi zararın

³⁰⁷ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1190.

³⁰⁸ Mustafa Kılıçoğlu, a.g.e., s. 59,

³⁰⁹ Akyılmaz, a.g.m., s. 171-172.

³¹⁰ Onar, a.g.e. (III), s. 1716.

³¹¹ D.10.D. 20.10.1999 tarih ve E.1997/721, K.1999/5266 sayılı kararı, Gözler, age, C. II, s. 1191.

³¹² D.10.D. 18.02.1998 tarih ve E.1996/4835, K.1998/703 sayılı kararı, Gözler, age, C. II, s. 1191.

³¹³ Esin, a.g.e., s. 441.

kapsamı ve sınırları belirlenilmekte, bu kapsamda Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinden olabildiğince yararlanılmaktadır.³¹⁴

Nitekim bir Danıştay kararında; "...Tazminatın hesabında Adli yargıdaki kurallar ancak genel hukuk kuralları oldukları oranda ve idare hukuku alanında uygulanabildikleri ölçüde uygulanma olanağı bulurlar...."³¹⁵ denilmiş, yine bir başka Danıştay kararında; "...olayda maddi zararın hangi unsurları kapsadığı, anılan zararın parasal karşılığının nasıl hesaplanması gerektiği hususlarının bilirkişi incelemesi ile mahkemece saptanması, dava konusu zararın davalı idarenin hangi idari faaliyetinden doğduğu ve nasıl gerçekleştiği, başka bir anlatımla zararlar idari fiil arasında doğrudan bir ilişki olup olmadığının yerel mahkemece araştırılması" gerektiği belirtilmiştir.³¹⁶

Maddi zararın kapsamının belirlenmesi açısından fiili zarar veya yoksun kalınan kar şeklinde görülebilen mala ilişkin zararlar önemli bir yer teşkil etmektedir. Mala ilişkin zararlar, kişinin sahip olduğu taşınır ve/veya taşınmazın hasara uğraması, herhangi bir şekilde değerinin azalması veya kullanılamaz hale gelmesi neticesin malvarlığında meydana gelen eksilmedir. Bunun yanında adam öldürme veya beden bütünlüğünün ihlali sonunda malvarlığında meydana gelen eksilmeleri ifade eden kişiye verilen zararların tazmini de maddi zararın tazmini kapsamında değerlendirilmektedir. Bu hususta Borçlar Kanununun 45. maddesinde belirtildiği üzere ölüm sebebi ile maddi tazminat, ölümden önceki tedavi masrafları, cenaze ve defin masrafları ile destekten yoksun kalma unsurlarını ihtiva eder. Beden bütünlüğünün ihlali sebebiyle uğranılan zararların giderilmesine yönelik maddi tazminat ise Borçlar Kanununun 46. maddesinde belirtilen tedavi masrafları ile çalışma gücünün azalması veya yok olmasından kaynaklanan zarar unsurlarını kapsamaktadır.

³¹⁴ Akyılmaz, a.g.m., s. 173.

³¹⁵ D.12.D., 13.12.1979 tarih ve E.1978/1386, K.1979/4748 sayılı kararı, (Özgüldür, a.g.e., s. 420).

³¹⁶ D.10.D. 31.10.1996 tarih ve E.1995/37, K.1996/6551 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 25 Ağustos 2009.

Görüldüğü üzere İdare Hukuku yönünden maddi zararın hangi unsurları kapsayacağı ve bunun karşılığının nasıl hesaplanacağı konusunda, idari yargı yerleri tarafından önüne gelen olayın niteliklerine göre Borçlar Hukukunun ilgili hükümlerinden yararlanılmak suretiyle karar verilmekte olup, zaman süreci içerisinde toplumsal olayların arz ettiği farklılık ve günün gelişen ihtiyaçları da göz önünde bulundurulmak suretiyle maddi zararın kapsamı yargısal kararlarla genişleyerek çeşitlenmektedir.

A. Mala İlişkin Zararlar

Mülkiyet mevzuu olabilen bütün maddi eşya ile bir mameleke girebilen bütün haklara hukuken mal denilmektedir.³¹⁷ Kişilerin maddi ya da manevi mallarına verilen zararlar maddi zarardır. Maddi malların ihlali dolayısıyla meydana gelen zararlar Borçlar Hukukunda şeye ilişkin zararlar olarak adlandırılmaktadır.³¹⁸ İdarenin faaliyeti sonucu iktisadi değere sahip olan bir malın tamamen yok olması, hasara uğraması ya da kullanılamaz hale gelmesi durumu mala ilişkin zararları oluşturmaktadır.³¹⁹

Malvarlığı, ekonomik bir değer arz eden, para ile ölçülebilen hukuki değerlerin (varlıkların) meydana getirdiği bir bütündür. Malvarlığı aktif ve pasif değerlerden oluşmakta olup, malvarlığının pasif yönünü borç ve mükellefiyetler oluşturmaktadır. Sorumluluk hukukunda mal varlığı kavramı geniş bir şekilde kullanılmaktadır. Taşınır ve taşınmaz üzerindeki ayni haklar yani mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklar, nispi nitelik taşıyan alacak hakları, gayri maddi mallar üzerindeki haklar yani fikri ve sınai haklar malvarlığının en önemli unsurlarını oluşturur. Ayrıca zarar görenin ekonomik geleceği yani

³¹⁷ Türk Hukuk Lügatı, 3. Bası, Ankara 1991, s. 216.

³¹⁸ İhsan Bülbül, Manevra ve Atışlardan Doğan Zararlar Nedeniyle Devletin Hukuki Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, S.B.E., 1996 ANKARA, s. 68.

³¹⁹ Akyılmaz, a.g.m., s. 184.

Çalışma faaliyetleri ile gelecekte elde edeceği gelir ve kazanç ihtimali de mal varlığını oluşturan değerler arasında yer alır.³²⁰

Kişilik hakkı ve hakkı oluşturan hukuki değerler ilke olarak mal varlıının kapsamına girmemektedirler. Yine kişilik haklarının ihlali malvarlığını dolaylı da olsa etkilemiyorsa ancak manevi tazminatın konusunu oluşturmaktadırlar. Bu durum özellikle kişiliği oluşturan şeref, ekonomik itibar gibi hukuki değerlerin ihlali halinde önem arz etmektedir. Bununla birlikte kişilik hakkı ve bu hakkı oluşturan hukuki değerlerin ihlali nedeniyle oluşan şahısvarlığı zararları malvarlığını etkilemeleri durumunda sonuçları itibariyle maddi zarar olarak nitelendirilmektedirler. Bunun gibi mala ilişkin zararlar ilke olarak maddi tazminat talebine konu olabilmekte ise de; eski tarihli bir Danıştay kararında “...Davacıya ait hızar atölyesinin yakılması nedeniyle duyduğu üzüntü karşılığı olarak... manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir.”³²¹

İster menkul mallar olsun ister gayrimenkul mallar olsun mala gelebilecek zararlar çok çeşitlidir. Bir taşınır malın kırılması, bozulması yok olması, önceki fonksiyonunu tam olarak veya kısmen yitirmesi, yararlanılamaz hale gelmesi, bir taşınmaz üzerindeki ekili, dikili, yapılı şeylerin bozulması, arazinin tarımsal değerinin düşmesi, ev, araba, işyeri ve buna benzer kurulu tesislerin yanması, yıkılması ya da herhangi bir yönden değerinin düşmesi, bir otomobilin kaza yapması, bahçedeki ot ve tezeklerin yanması³²² bu konuda örnek olarak gösterilebilir. Aynı şekilde ekonomik değer taşıyan bir hakkın kullanılamaması veya ondan yararlanma oranının azalması ya da hakkın doğal sonucu olan değerlerin malvarlığına girmemiş veya az ölçüde girmiş olması da mala gelen zarar hükmündedir.

Diğer yandan malvarlığına gelebilecek zararlar ikili bir ayrıma tabi tutularak olumlu ya da olumsuz zararlar olarak nitelendirilebilmektedir.

³²⁰ Eren, a.g.e., s. 473.

³²¹ D.10.D. 27.01.1983 tarih ve E.1982/3123, K.1982/163 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 28 Ağustos 2009.

³²² D.10.D. 22.11.1999 tarih ve E.1998/186, K.1999/6196 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, s. 1191.

Olumlu zararlar malvarlığında görülen azalma, olumsuz zararlar ise; meydana gelebilecek gelirden yani artıştan yoksunluk olarak tanımlanmaktadır. Her iki durumda da uğranılan zararlar maddi tazminatın konusunu oluşturmaktadır.³²³

Danıştay kararlarına bakıldığında mal varlığı kavramına dahil edilen değerlerin çok çeşitli olduğu görülmektedir. Örneğin, "...emtia ve demirbaşa ilişkin sigorta bedeli olarak belirtilen miktar..."³²⁴, "...1997 yılı ürün kaybının..."³²⁵, "...Ankara Çevre Otoyolu yapımı sırasında, 1993 yılı yaz aylarında patlayıcı madde kullanılması nedeniyle davacının konutunda meydana gelen maddi zararın..."³²⁶, "Davalı idareye ait taş kırma şantiyesinden çıkan tozun davacıya ait meyve ağaçlarına zarar vermesi..."³²⁷, "...yakıt ve onarım masrafı olmak üzere..."³²⁸, "...yol çalışmaları yapılırken PTT'ye ait telefon kablolarına hasar verildiği..."³²⁹, "...sulama suyu kanalından çevre arazilerin sulanmasından sızan suların kot farklılığından dolayı biriktiği ve tarımsal arazi vasfını kaybeden alanın 1725 m2 olduğu..."³³⁰, "...davalı idarenin süne zararlısı ile mücadelede geç kaldığından oluşan verim kaybı nedeniyle uğranılan zarar..."³³¹, "...davacılara ait besi çiftliğindeki büyükbaş hayvanların sığır vebası nedeniyle ölmeleri nedeniyle oluşan zarar..."³³², "...davacıya ait tütünlerin

³²³ Esin, a.g.e., s. 450.

³²⁴ D.10.D. 25.5.2009 tarih ve E.2007/3075, K.2009/4845 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 28 Ağustos 2009.

³²⁵ D.10.D. 06.03.2002 tarih ve E.2000/1156, K.2002/588 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 293-294.

³²⁶ D.10.D. 15.2.2001 tarih ve E.1998/6006, K.2001/587 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 253.

³²⁷ D.10.D. 18.1.2001 tarih ve E.1998/2211, K.2001/125 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 256.

³²⁸ D.10.D. 8.5.1998 tarih ve E.1996/8751, K.1998/1959 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 261.

³²⁹ D.10.D. 28.1.1996 tarih ve E.1995/155, K.1996/7975 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 274.

³³⁰ D.10.D. 26.4.2002 tarih ve E.2000/4989, K.2002/1270 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 203.

³³¹ D.10.D. 15.11.2001 tarih ve E.2001/2282, K.2001/3947 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 415.

³³² D.10.D. 23.5.2001 tarih ve E.1999/1474, K.2001/1976 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 419.

gerekli özen gösterilerek muhafaza edilmediği, çürümesine neden olunarak değerinin düşmesine sebebiyet verilmesi nedeniyle oluşan zarar...”³³³, “...davalı idareye ait ambarda kaybolduğu sabit olan emtianın bedelinin...”³³⁴, “...mazotun değerinin çok altında satılması sonucu oluşan zarar...”³³⁵, “...ticari olma özelliğini yitiren binadaki değer kaybı...”³³⁶, “...davacının buğday ekimi yaptığı taşınmazların davalı idarece hatalı olarak yaptırılan köprüden dolayı erozyona uğraması ve arazinin sulanamaz hale gelmesi sonucu oluşan ...”³³⁷ zararlar, malvarlığına verilmiş zarar kapsamında değerlendirilmektedir.

Diğer yandan yukarıda belirtilen yargı kararlarında da görüldüğü gibi malvarlığına ilişkin zararlar menkul mallara ve diğer haklara da ilişkin olabilmektedir.

Bir malın tamamen telef olması veya kısmen zarara uğraması halinde ilk önce o malda bir değer kaybı meydana gelir. Bu halde zarar kişinin mal varlığında bir azalma şeklinde ortaya çıkar. Örneğin; “akaryakıt istasyonu ve turistik tesisin köprülülük kavşak nedeniyle değer kaybı”³³⁸, “kasko sigortası bulunan aracın, yol kusuru nedeniyle yoldan çıkması sonucu uğradığı zarar”³³⁹, “idarenin yol yapımı sırasında davacıya ait telefon kablolarına verdiği zarar”³⁴⁰, “davalı idarece karayolu asfaltlama çalışmaları sırasında meydana gelen tozun davacıya ait tarlada ekili bulunan domates ürününü olumsuz etkileyerek verim düşüklüğüne neden olması nedeniyle uğranılan

³³³ D.10.D. 20.5.2002 tarih ve E.2000/3752, K.2002/1657 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 423.

³³⁴ D.10.D. 25.4.2001 tarih ve E.1999/1143, K.2001/558 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 424.

³³⁵ D.10.D. 11.4.2001 tarih ve E.1999/1201, K.2001/1312 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 439.

³³⁶ D.10.D. 9.5.2001 tarih ve E.1999/998, K.2001/1693 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 203.

³³⁷ D.10.D. 30.11.1998 tarih ve E.1997/5546, K.1998/6371 sayılı kararı Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 210.

³³⁸ D.6.D., 23.3.2009 tarih ve E.2007/6590, K.2009/2974 sayılı kararı.

³³⁹ D.10.D. 13.04.1998 tarih ve E:1996/ 7299, K:1998/ 2008 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e. s. 261.

³⁴⁰ D.10.D. 28.11.1996 gün ve E:1995/7155, K :1996 / 7975 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 4 Eylül 2009.

zarar”³⁴¹, “kısa devrenin asansörde hasara yol açması sonucu oluşan zarar”³⁴² “barajdaki su kotunun yükselmesinden dolayı davacının binasının temel taşıyıcı sistemlerinde meydana gelen zarar”³⁴³ malın kısmen zarara uğramasına örnek teşkil ederken, “banka şubesine ait elektronik cihazların yapılan enerji nakil hattı çalışmaları sırasında devrelere yüklenen fazla voltaj nedeniyle hasara uğraması nedeniyle uğranılan zarar”³⁴⁴, “sedde yapımı sırasında kültür toprağı alınan tarlanın ekilemez duruma gelmesi”³⁴⁵ “davacının sahibi bulunduğu taşınmaz üzerindeki ekili buğday ürününün bir kısmının davalı idareye ait sulama kanalından sızan sular nedeniyle çürümesi sonucu oluşan zarar”³⁴⁶ “davalı idare tarafından yaptırılan sulama kanalı inşaatı sırasında çıkan hafriyatın kaymak suretiyle davacıya ait taşınmazı kullanılamaz hale getirmesi nedeniyle oluşan zarar”³⁴⁷ ise malın tamamen yok olmasına örnek teşkil eder.

Mal madde olarak yok olmuşsa veya artık hiç yararlanılamaz hale gelmiş ise ya da tamir masrafı malın değerini aşıyorsa malın tamamen telef olduğu kabul edilir. Tamamen telef olma halinde malın yerine yenisinin ikamesi için gereken meblağ zararı teşkil eder. Bu durumda ise malın değer kaybına uğrayan bir eşya olup olmadığı önem arz etmekte olup, değer kaybına uğrayan eşya olması durumunda malın amortisman değeri zarar miktarından düşülür.³⁴⁸ Yine geride eşyanın ekonomik değerinin bulunması halinde, bu ekonomik değer tespit edilen zararın kapsamından düşülecektir. Nitekim bir Danıştay kararında; “...davacıların... Otelin, ...Restaurantın ve

³⁴¹ D.10.D. 9.3.1998 tarih ve E:1997/2682, K:1998/1037 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e. s. 260.

³⁴² D.10.D. 14.5.2001 tarih ve E:1999/1420, K:2001/1760 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e. s. 155.

³⁴³ D.10.D. 13.10.1999 tarih ve E:1997/2106, K:1999/4813 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e. s. 208-209.

³⁴⁴ D.10.D. 17.4.2001 tarih ve E:1999/833, K:2001/1456 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e. s. 153.

³⁴⁵ D.10.D. 16.02 1972 gün ve E:1968/1677, K:1971/ 383 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 8 Eylül 2009.

³⁴⁶ D.10.D. 20.10.1999 tarih ve E:1997/1851, K:1999/5260 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e. s. 207.

³⁴⁷ D.10.D. 20.5.1998 tarih ve E:1996/8488, K:1998/2043 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e. s. 213.

³⁴⁸ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 572.

1971 model Ford marka otomobilin yanması sonucu uğradıkları maddi zararın tespiti açısından ...yeni yaptırılacak bilirkişi incelemesinde otelin iki yıldızlı, restaurantın 2. sınıf turizm işletme belgesine sahip olduğu da dikkate alınmak ve yıpranma payları düşülmek suretiyle maddi zararın tespiti”³⁴⁹ gerektiği belirtilmiştir.

Malın hasara uğraması halinde bu malın tamiri mümkün değilse veya tamir edilmesinden sonra mal sahibinin bu malı kullanması kendisinden beklenemez veya tamir masrafı malın değerinden yüksek ise mal tamamen telef olmuş gibi zarar tespit edilecektir. Tamiri mümkün bulunan bir hasar söz konusu ise, zarar her şeyden önce tamir masrafından oluşur. Ancak malın tamir görmüş olması değerinde bir düşme meydana getiriyor ise bu düşme tutarı da zararın kapsamına dahil edilecektir.³⁵⁰

Diğer yandan malın telef olması veya hasara uğramasından doğan zarar çerçevesinde değerlendirilebilecek diğer zararlar ise; hasar gören bir otomobilin çektirme masrafı gibi veya yanan bir evdeki yangının söndürülmesi için yapılan itfaiye masrafı gibi malın tamamen telef olmasını veya hasarın artmasını önlemek için yapılan masraflar³⁵¹ ile hasara uğrayan otomobil tamir edilene kadar kiralanan başka bir otomobilin kira değeri gibi malın yerine yenisi alınana kadar başka bir malın kullanılması için yapılan masraflar ve bu sürede uğranılan kar kaybı zararlarıdır.³⁵²

³⁴⁹ D.10.D., 12.07.1995 tarih ve E.1994/7359, K.1995/3559 sayılı kararı, Akyılmaz, a.g.m., 54 nolu dipnot, s. 184.

³⁵⁰ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 572-573.

³⁵¹ Danıştay bir kararında, baraj inşaatı yapımı sırasında dolgu ve hafriyat çalışmalarının davacının alabalık tesislerindeki suyun kirlenmesine yol açması sonucu balıklarının ölümüne sebep olması üzerine açılan davada, sadece tesisin devamlılığı ve kapasitesi göz önünde bulundurularak hasarın değil, işletmedeki kurtarma çalışmalarında kullanılan su motorlarının yakıt ve elektrik masraflarının da tazminatın hesabında dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir. D.10.D., 07.06.1990 tarih ve E.1989/2476, E.1990/1342 sayılı kararı, Akyılmaz, a.g.m., 64 nolu dipnot, s. 186-187.

³⁵² “Danıştay, idarenin hizmet kusurunun bulunduğu yangın sebebiyle oteli ve restoranı tamamen yanan davacının sadece zarar sebebiyle meydana gelen hasarın değil, otel ve restoranın yeniden işletmeye açılmasına kadar geçecek olan sürede uğranılan gelir kaybının da idarece tazminine karar vermiştir.” D.10.D., 12.07.1995 tarih ve E.1994/7359, K.1995/3559 sayılı kararı, (Akyılmaz, a.g.m., s. 185).

Yine mala ilişkin zararlar yukarıda verilen örnek Danıştay kararlarında görüldüğü üzere malvarlığının mevcudunda bir azalmaya, yani pasifinin artmasına yol açmak suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi, aşağıda verilen Danıştay kararlarında da belirtildiği şekilde, mal varlığının aktif kısmının artmasına engel olunması biçiminde gerçekleşmesi mümkündür.

Örneğin; “davalı idarece su verilememesi nedeniyle sulu ziraat yapılamadığından bahisle uğranılan zarar”³⁵³; yol onarımı sırasında görevli personelin eylemi yüzünden çayırılığı tahrip edilen, asliye hukuk mahkemesinde yaptırılan tespite göre de çayırılığın tahrip olması nedeniyle 5 yıl da 15 ton ot zararı bulunan davacının bu yüzden uğradığı zarar³⁵⁴, “işyerin kapalı kalması sonucu yoksun kaldığı kar”³⁵⁵, “arazisi sulama kanalı projesine dahil olan davacının, yeni sulama kanalı yapımı nedeniyle eski kanaldan su alamaması ve gerekli su alma yapısının geç inşa edilmesinden dolayı uğradığı zarar”³⁵⁶, “davacının bedelsiz ithal yoluyla yurda sokmak istediği tır kasasının ithaline izin verilmeyerek ambara alınması ve burada uzun bir süre tutulması nedeniyle uğranılan zarar”³⁵⁷ bu kapsamda değerlendirilmektedir.

B. Şahsa Verilen Zararlar

1. Bedensel Yapıda Meydana Gelen Zararlar

Bir kimsenin beden bütünlüğünün bozulması maddi tazminatı gerektiren haller arasında sayılmıştır. Borçlar Kanunu’nun 46. maddesinin 1. fıkrasında, “Cismani bir zarara düşen kimse külliye veya kısmen çalışmaya muktedir olmamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı

³⁵³ D.10.D. 7.2.2001 tarih ve E:1998/4454, K:2001/390 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e. s. 205.

³⁵⁴ D.12.D. 10.04.1969 tarih ve E:1968/ 954, K:1969/691 sayılı kararı, Esin, a.g.e., s. 198.

³⁵⁵ D.8.D., 9.10.1986 tarih ve E.1985/795, K. 1986/428 sayılı kararı, D.D., s. 66-67, s. 364.

³⁵⁶ D.10.D. 9.12.1997 tarih ve E:1996/1291, K:1997/5565 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e. s. 227.

³⁵⁷ D.10.D. 29.2.1996 tarih ve E:1995/458, K:1996/937 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e. s. 449.

mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyanını ve bütün masraflarını isteyebilir.” hükmü ile bir kimsenin hukuka aykırı bir fiil sonucunda yaralanması, sakatlanması ya da hastalanması durumu cismani zarar olarak ifade edilmiştir.

Cismani zarar deyimi ile bir kimsenin fiziki varlığının veya aktivitesinin ya da ruh sağlığının ihlal edilmesi kastedilmektedir.³⁵⁸ Başka bir anlatımla beden bütünlüğü yalnızca kişinin anatomik yapısını ilgilendiren bir kavram olmayıp, ruhsal yapı ve fiziksel görünüş de bu kapmasa girmekte ve bu yapıda meydana gelen bozukluklar ve rahatsızlıklar nedeniyle uğranılan zararlar da maddi tazminata konu olabilmektedir. Örneğin kol kırılması ya da vücutta bir yara meydana gelmesi cismani zarara örnek teşkil ettiği gibi, aynı şekilde korkutma sonucu olarak kalp hastalığı, erken doğum, sinir bozukluğu, bedensel zararın bir sonucu olarak yaşanan korku gibi ruhsal etkiler ile sağlığın bozulması da BK. md. 46/1 anlamında “cismani zarar” olarak nitelendirilmektedir. Yine örnek olarak bir organın kopması, yaralanması ya da görme, işitme gibi bir duygunun azalması ya da yitilmesi kadar fiziksel görünüşün değişmesi, güzelliğin ihlali de (estetik zarar) cismani bir zarar olarak değerlendirilmektedir.³⁵⁹ Aynı hukuka aykırı fiil nedeniyle hem fiziki varlığın ihlaline hem de ruh sağlığının ihlaline yol açılması mümkündür. Kişinin vücut bütünlüğünün zarar görmesi bir kaza sonucu olabileceği gibi bir hastalık dolayısıyla da olabilir. Zira sorumluluk hukuku anlamında vücut bütünlüğünün ihlali, bir kimsenin fiziki veya ruhsal bütünlüğünün her türlü ihlali ve zedelenmesidir.³⁶⁰

Bununla birlikte bir kimsenin sadece yaralanması veya sakatlanması zarar olarak kabul edilmemektedir. Zarar vücudun yaralanması değil, bu

³⁵⁸ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 557-558; Akyılmaz, a.g.m., s. 187.

³⁵⁹ Karahasan, a.g.e., s. 244-245.

³⁶⁰ Ömer Ekmekçi, “Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının Unsurları”, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu, 12-13 Nisan 1996, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1996, s. 92.

yaralanmanın ortaya çıkardığı ekonomik sonuçlardır.³⁶¹ Eğer yaralanma veya sakatlanma yüzünden malvarlığında bir azalma olmuş ise ancak o takdirde bir zarardan söz açılabilir.³⁶² Nitekim Borçlar Kanunun 46. maddesinde zararın kapsamı ve niteliği bu anlamda düzenlenmiş bulunmaktadır.

Diğer yandan kişinin kullanmış olduğu ve vücuduna kalıcı şekilde takılmış olan protez ve organlar üzerinde de kişilik hakkı bulunması sebebiyle, bunlara verilecek zarar da cismani zarar kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.³⁶³

Ayrıca Borçlar Kanunu'nun 46. maddesinin 1. fıkrasında getirilen bu hükümle bedensel zararlar nedeniyle maddi tazminat isteme hakkı "Cismani bir zarara düşen olan kimse"ye tanınmış olup bunların yakınlarına tanınmamaktadır.³⁶⁴ Bu durumun tek istisnasını ise ölüm üzerine istenen destekten yoksun kalma tazminatı oluşturur.

Bu konuda Askeri Yüksek İdare Mahkemesi' nin bir kararına konu teşkil eden olayda; askerde sakatlanarak vücut fonksiyonlarının % 90'ının yitiren ve yatalak hale gelen oğlunun desteğinden yoksun hale geldiğini ileri süren babanın, destekten yoksun kalma nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü 5 milyar lira zararın tazmini istemiyle açtığı davayı, Mahkeme, bu istemi bedensel zarardan dolayı sadece bedensel zarara uğrayan kişinin tazminat isteyebileceği gerekçesiyle reddetmiş ve şöyle demiştir: "BK. 46 ncı maddesine göre cismani zarara uğrayan kimsenin çalışma gücünü yitirmesinden, iktisadi geleceğinin sarsılmasından doğan zararı tazmin edilebilmektedir. Bu maddeye göre, maddi tazminat isteyebilecek olan kişi

³⁶¹ Ekmekçi, a.g.m., s. 91.

³⁶² Tekinay, v.d., a.g.e., s. 815.

³⁶³ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 558.

³⁶⁴ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1206.

cismani zarara uğrayan, bu nedenle çalışma gücünü kaybeden ve iktisadi geleceği sarsılan kişidir”³⁶⁵

Borçlar Kanunu’nun 46. maddesinin 1. fıkrasında getirilen bu hükümle cismani zarar halinde istenebilecek zararın kapsamı ve niteliği düzenlenmiştir. İdare hukukunda da geçerli olan bu hükme göre³⁶⁶, bedensel zarar nedeniyle maddi tazminatı, tedavi giderleri, çalışma gücünün kaybı ve ekonomik alanda ilerlemenin güçleşmesi olarak incelemek mümkündür.

a. Tedavi Giderleri

Maddi zarar ve bunun sonucunda tazminatı gerektiren nedenlerden bir tanesi de kişinin bünyesinde meydana gelen sakatlık, arıza ve bu arızaların giderilmesi amacıyla yapılan tedavi giderleridir.³⁶⁷ Zarar gören kişinin sağlığına kavuşmak amacıyla yaptığı ve sağlığı geri gelmese dahi iyi niyetle sosyal ve ekonomik durumuna uygun olarak yapmış olduğu her türlü giderleri maddi tazminat olarak isteyebileceği kabul edilmektedir.³⁶⁸ Zarar görenin yaptığı iyileştirme giderlerinin zorunlu olup olmamasının önemi yoktur. Küçük de olsa, bir iyileşme umudunun varlığı tedaviye başlamak için yeterlidir. Öte yandan iyileştirme olanağı bulunmasa bile yapılan giderlerin tazmini istenebilir.

Tedavi giderleri zarar görenin malvarlığından yapılacağına göre kural olarak tazminat isteme hakkı da bu kişiye aittir. Buna göre de tazminat isteyeninin yaptığı masrafları belgelendirmesi gerekmektedir.³⁶⁹ Bu giderlerin kanıtlanabilmesi için her çeşit kanıta başvurulabilir. Ancak zarar görenin

³⁶⁵ AYİM. 2. Dairesi, E. 03.12.2001 tarih ve 2000/642, K. 2001/900, sayılı kararı, AYİMD, S. 17, Kitap 2, s. 1095-1099. Gözler, a.g.e., C. II, s. 1207.

³⁶⁶ D.10.D. 11.11.1996 tarih ve E:1995/2210, K:1996/7302 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e. s. 766.

³⁶⁷ D.10.D., 22.04.2008 tarih ve E.2006/5612, K.2008/2800 sayılı kararı, D.D., Y. 2008 S. 119, s.332-333.

³⁶⁸ Esin, a.g.e., s. 448; Tekinay, v.d., a.g.e., s.72.

³⁶⁹ Esin, a.g.e., s. 448.

tedavi giderlerinin bir özel hukuk kişisi tarafından (mesela sağlık sigortası kapsamında bir sigorta şirketi tarafından) ya da bir sosyal güvenlik kurumu tarafından (Sosyal Güvenlik Kurumu) karşılanması durumunda, harcamayı yapan bu kurumlar zarar görenin yerine kendi özel yasalarındaki hükümlere göre ya da Borçlar Kanunu 51. maddesi hükmü gereğince tazminat talebinde bulunma hakkını kullanabileceklerdir.³⁷⁰

Tedavi giderlerinin kapsamına; ambulans, doktor, muayene, ilaç, ulaşım (taksi, helikopter, uçak)³⁷¹, ameliyat, röntgen, ilaç, protez, yürüme araçları, psikoterapi ve benzeri hizmet ve alımlar karşılığı yapılan harcamalar dahil olmaktadır.³⁷² Bunun yanında ihlalin tedavi dışında yol açtığı masraflar da zarar kapsamına girer. Hastaneye gelip gitme masrafları, hasta bakıcı tutma masrafları³⁷³ bu kategoriye dahildir. Burada sadece fiilen yapılan masraflar değil ileride yapılması gerekeceği anlaşılan masraflar da talep konusu olabilir. Hükümden sonra yapılacak olan ilaç, tıbbi kontrol ve bakıcı masrafları böyledir.³⁷⁴ Nitekim Danıştay³⁷⁵ ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi³⁷⁶ bakıcı masraflarını maddi zarar kapsamında değerlendirmekte ve tazminin ödenmesine hükmetmektedir.

Tazminatın hesabında dikkate alınacak masraflar durumun icabına uygun olarak yapılmış olan masraflardır. Gereksiz yapılmış olan masraflar fiilen yapılmış olsalar da maddi tazminata konu olmazlar. Başka bir deyişle dürüstlük kurallarına aykırı bir davranışla, karşı tarafa zarar vermek amacı ile yapılan giderlerin ödettilmesi söz konusu olamayacaktır.³⁷⁷ Ancak durumun gereklerine uygun olarak gerekli görülen tedavinin resmi bir sağlık kuruluşu

³⁷⁰ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 306-307.

³⁷¹ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 306-307.

³⁷² Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, C.I, Fakülteler Matbası, İstanbul 1965, s.283; Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 537.

³⁷³ D.10.D. 28.9.2007 tarih ve E.200/11213, K.2007/4449 sayılı kararı, D.D. Yıl.38, S.117, 2008, s. 280.

³⁷⁴ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 558.

³⁷⁵ D.10.D. 09.11.1998 tarih ve E.1998/3811, K.1998/5521 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e. s. 944-945.

³⁷⁶ AYİM. 2. D., 26.04.2000 tarih ve 823/348 sayılı kararı, Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 714.

³⁷⁷ Karahasan, a.g.e., s. 146.

yerine daha pahalı özel bir sağlık kuruluşunda yaptırılmış olması yapılan masrafların tümünün tazminine engel teşkil etmeyecektir.³⁷⁸

Danıştay, “tedavi giderlerinin de tazminat kalemleri arasında değerlendirilmesi”³⁷⁹, “karşılanan tedavi giderleri”³⁸⁰, “bebeğin tedavisi sırasında ilaç ve yol giderleri olarak davacılar tarafından belgelenmiş masrafların” “tedavi giderleri tutarı”³⁸¹, “doktor ücreti ve ilaç parası olarak”³⁸², “Türkiye’de tedavisinin olay tarihinde mümkün olmamasının anlaşılmış olması nedeniyle yurt dışında yaptırılan seri ameliyatlar için ödenen ücretin ve uçak bilet ücretleri tutarının”³⁸³, “yurt içinde ve yurt dışında tedavi için yapılan masraflar karşılığı olarak olayın cereyanı ile davacı tarafından tedavi için yaptığı tedbirlere”³⁸⁴ karşılık, zararın varlığını kabul ederek maddi tazminata hükmetmektedir.

Aşağıda yer verilen kararında da görüldüğü gibi, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bu tür zararların tazmini konusunda, özellikle meydana gelen zararın ispatı ve belgelenmesi hususunda; Danıştay’a göre daha hoşgörülü davrandığı ve zarara uğrayanın beyanına itibar ettiği söylenebilir.

³⁷⁸ Tekinay, v.d., a.g.e., s. 603-604; Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 538; İstanbul 5. İdare Mahkemesi’nin 29.6.2009 tarih ve E.2008/1288 sayılı kararına konu teşkil eden olayda; davacının 08.04.2008 tarihinde Kadıköy Şaşkınbakkal, Bağdat Cddesi önünde İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından düzenlenen "İstanbul'da Lale Zamanı" etkinlikleri kapsamında kaldırılma monte edilen yaklaşık bir metrelik platformun ayaklarına takılarak düşmesi ve sağ ayak femur kemiğinin ortasından kırılması olayında ilgili belediyenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; Mahkemece bu olay sonucu davacının sağ ayak femur kemiğinin ortasından kırıldığı ve akabinde çağırılan ambulans ile kaldırıldığı özel hastanede geçirdiği ameliyat ile ayak kemiğine metal protez takıldığı, bu haliyle davacının uğradığını iddia ettiği maddi zararını, tedavi için hastaneye götürülmesi ve gittiği hastanede yapılan tedavi ve geçirdiği ameliyat nedeniyle oluşan masraflar oluşturduğu, davacının geçirdiği tedavi ve yapılan ameliyatlar ile ilgili dava dosyasında mevcut faturanın incelenmesinden ise, davacının söz konusu olay nedeniyle yapılan tedavisinde 15.000,00 TL masraf yapıldığı belirtilerek, davacının hastane masrafı olarak yaptığı 15.000,00 TL miktarın maddi tazminat olarak ödenmesi gerektiğine karar verilmiştir.

³⁷⁹ D.10.D. 22.4.2008 tarih ve E.2006/5612, K.2008/2800 sayılı kararı, D.D. Yıl.38, S.119, 2008, s. 332-333.

³⁸⁰ D.10.D. 28.9.2007 tarih ve E.2004/11213, K.2007/4449 sayılı kararı, D.D. Yıl.38, S.117, 2008, s. 278-281.

³⁸¹ D.10.D. 06.10.1982 tarih ve E. 1982/1682, K. 1982/1959, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 8 Eylül 2009.

³⁸² D.10.D. 01.05.1984 tarih ve E. 1984/1041, K. 1984/910, sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 8 Eylül 2009.

³⁸³ D.8.D. 13.10.1988 tarih ve E. 1987/539, K. 1988/690, sayılı kararı, D.D., S. 74-75, s. 510.

³⁸⁴ D.12.D. 04.04.1972 tarih ve E. 1970/2007, K. 1972/1037, sayılı kararı, Esin, s. 174.

“... Kurulumuzca günümüz koşullarında herkes tarafından bilinen; hastanın doktoruna inanması, sağlık için hastanın hiçbir maddi fedakarlıktan kaçınmaması, doktorun hastasını tedavi için tıbben her türlü imkanını kullanması, resmi ve özel olarak belirli olmasına rağmen tedavi ücretinin tarifelere uymayacak şekilde tamamen hasta ile doktor arasında varılacak özel mutabakat sonucu belirlenebileceği gibi, hayat gerçekleri dikkate alınarak davacının tabi tutulduğu muayene .. . ameliyat ve protez, gözün ayrıca söz konusu tıbbi tetkik ve tedaviler için yapılan yol masraflarının 1988 fiyatlarıyla en az ... TL. tutacağı, davacı tarafından tedavi gideri olarak talep edilen maddi tazminatın makul düzeyde olduğu ve tamamen yaptığı gerçek masrafları yansıttığı sonucuna varılmış, söz konusu tedavi masraflarını karşılamak üzere davacıya ... lira maddi tazminat verilmesi kararlaştırılmıştır...”³⁸⁵

Aynı şekilde, “...davacının tedaviye gidip gelirken yaptığı yol giderleri,³⁸⁶ ayrıca hastaneden çıktıktan sonra kendisine bakıcı tuttuğu ve bunun için de...”³⁸⁷ ödenen ücretler, “...geçirdiği kaza sonucu felç olduğu, hayatını ancak bir başkasının bakımı ve yardımı ile idame ettirebilmek zorunda olması nedeniyle oluşan zarar...”³⁸⁸ tedavi giderleri kapsamında görülmekte ve tazmini yoluna gidilmektedir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi; “Silahaltında iken maruz kaldığı idari eylem nedeniyle terhis edilen davacının, askerliğe elverişli olmadığına dair kesin rapor tarihi ile kendisine vazife malüllüğü aylığının bağlandığı tarih arasında sivil hastanelerde yaptığı, belgeye dayalı tedavi giderlerinin, maddi

³⁸⁵ AYİM. 2. Daire, 10.05.1989 tarih ve E. 1989/53, K. 1989/137, sayılı kararı, AYİMD, S. 7, Kitap 2, s. 889-890.

³⁸⁶ AYİM. 2. Daire, 28.06.1995 tarih ve E.1994/1468, K.1995/577 sayılı kararı, Özgüldür, a.g.e., s. 342.

³⁸⁷ D.12.D, 25.01.1971 tarih ve E. 1969/4275, K. 1971/157, sayılı kararı, Esin, s. 490.

³⁸⁸ AYİM. 2. Daire, 26.02.1992 tarih ve E. 1991/54, K. 1992/113, sayılı kararı, AYİMD, S. 7, Kitap 2, s. 963.

tazminat olarak tazmini” gerektiğine karar vermiştir.³⁸⁹ Yine Askeri Yüksek İdare Mahkemesi; askerde uğradığı eylem sonucu sakatlanan, ancak tüm çabasına rağmen iyileşemeyen erin, terhis sonrası özel hastane ve kliniklerde yapmış olduğu tedavi giderlerinin tazminine hükmetmiştir.³⁹⁰

Buna karşın Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, askerlik hizmeti esnasında yanan ve askeri hastanelerce gerekli tıbbi tedavisi yapılan erin, kendi imkânlarıyla yaptırdığı estetik ameliyatının tazmin edilemeyeceğini belirtmiştir.³⁹¹

b. Çalışma Gücünün Kaybı ya da Azalması Nedeniyle Oluşan Zarar

Bedensel bütünlüğün bozulması yoluyla oluşan cismani zarar en başta kişinin çalışma gücünü etkiler.³⁹² Çalışma gücünden amaç, bir kimsenin bedensel, ruhsal ya da zihinsel kabiliyetlerine bağlı olan ekonomik verimlilikidir. Hukuka aykırı bir fiil sonucu beden ve ruh tamlığı ihlal olunan kimse iş ve gücünden yoksun kalarak malvarlığında bu nedenle bir azalma meydana gelmiş olabilir. Borçlar Kanunun 46. maddesinin 1. fıkrası uyarınca vücut bütünlüğü ihlal edilen kimse, bu yüzden tamamen ya da kısmen çalışamama durumuna düşmüşse bundan doğan zararın tazminini de isteyebilir.³⁹³ Bu durumda davacı hüküm tarihine kadar mahrum kaldığı zararı ispat etmekle mükelleftir. Tazminata hükmedilebilmesi için aranan en önemli husus da davacının bedeni bir arızanın ya da sakatlanmanın sonucu olarak maddi bir zarara uğramış olmasıdır.³⁹⁴

³⁸⁹ AYİM. 2. Daire, 07.12.2000 tarih ve E. 1999/607, K. 2000/873 sayılı kararı, (erişim) http://www.msb.gov.tr/ayim/ayim_ana.asp, 20 Eylül 2009.

³⁹⁰ AYİM. 2. Daire, 12.04.1989 tarih ve E.1988/240, K.1989/122 sayılı kararı, Özgüldür, a.g.e., s. 341.

³⁹¹ AYİM. 2. Daire, 01.04.1993 tarih ve E.1992/70, K.1993/132 sayılı kararı, Özgüldür, a.g.e., s. 342.

³⁹² Esin, a.g.e., s. 448.

³⁹³ D.10.D. 22.4.2008 tarih ve E.2006/5612, K.2008/2800 sayılı kararı, D.D. Yıl.38, S.119, 2008, s. 332-333.

³⁹⁴ Tekinay, v.d., a.g.e., s. 816.

AYİM bir kararında, askerlik görevi sırasında asker arkadaşının taksirli fiili ile vurulma sonucu iki parmağı kesilen yedek subayın, gerek düzenlenen raporda malul kalmadığının belirtilmesi, gerekse terhis sonrası eski işinde çalışmaya başlaması karşısında maddi tazminat hak edişinin bulunmadığını söylemiştir.³⁹⁵

Yine AYİM bir kararında; “Davacının yaralanma olayına bağlı olarak maruz kaldığı işgücü kaybının Sosyal Sigortalar Kurumu Tüzüğü hükümlerine göre tespiti için dava dosyası ile birlikte sevk edilerek Diyarbakır Askeri Hastahanesinden sağlık kurulu raporu istenmiş, bu hastahanece düzenlenen 23 Temmuz 2004 gün ve 3796 numaralı sağlık kurulu raporuna göre davacıya “sol el bilek eski kırıklısı” tanısı konularak “askerliğe elverişlidir, mevcut kırıktan dolayı 25 gün iş ve gücünden kalmıştır. Vücut çalışma gücü kayıp oranı %0’dır ” şeklinde karar verilmiştir. Davacının yaptırılan sağlık kurulu muayenesi neticesinde herhangi bir sakatlığının bulunmadığı, çalışma gücünde herhangi bir kaybın meydana gelmediği,” belirtilerek davacının maddi ve manevi tazminat istemlerinin reddine karar vermiştir.³⁹⁶

Danıştay bir kararında, “...Mayınlı alan dışına düşenen bir mayının patlaması sonucu ayağından sakat kalan doktor olan davacının sakatlık, mesleğini yürütmesine engel olmayacağından”³⁹⁷ iktisadi geleceğin sarsılmasının söz konusu olmadığından bahisle maddi tazminat taleplerinin reddine hükmetmiştir. Yine Danıştay Onuncu Dairesi’nin 24.1.2001 tarih ve E.1998/1476, K.2001/211 sayılı kararına konu olayda; TCDD’da gardfren olarak görev yapan davacının tren manevrası sırasında meydana gelen kaza sonucu sol ayağının bilek kısmından kesilmesi nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada Danıştay tarafından verilen kararın azlık oyunda; “davacının gardfren olarak yaptığı

³⁹⁵ AYİM. 3. Daire, 23.12.1975 tarih ve E.1974/96, K.1975/2343 sayılı kararı, Özgüldür, a.g.e., s. 342.

³⁹⁶ AYİM. 2. Daire, 06.10.2004 tarih ve E. 2003/963, K. 2004/714 sayılı kararı, (erişim) http://www.msb.gov.tr/ayim/ayim_ana.asp, 15 Ocak 2010.

³⁹⁷ D.12.D., 15.05.1968 tarih ve E.1968/1278, K.1969/1138 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 28 Eylül 2009.

görevden alınarak başka bir göreve atandığı ve aylık ücretini aldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının halen çalıştığı ve aylık gelirinde herhangi bir azalma olmadığından maddi tazminata hükmedilmesine hukuken imkan bulunmamaktadır.” şeklinde görüşe yer verilmiştir.³⁹⁸

Bedensel zarara uğrayan, ya da uygulamadaki adı ile sakatlanan kişinin uğradığı fiil sonucu meydana gelen çalışma gücünden yoksun kalış geçici nitelikte olabileceği gibi, sürekli bir nitelikte de olabilir.³⁹⁹ Bunun yanı sıra uğranılan fiil kişiyi çalışmaktan tamamen alıkoyabileceği gibi, kısmen de alıkoyabilir.⁴⁰⁰

Çalışma gücünden yoksunluğun geçici ya da sürekli olması açısından; “...davacının gerçek zararının tespiti için Selçuk Üniversitesi Tıp Fakültesine sevk edildiği ve adı geçen Üniversitenin Ortopedi ve Travmatoloji Anabilim Dalından sağlanan sağlık raporunda, davacıya “Thorakal 11-12 vertebra kırıklığı çıktığı” teşhisi konduğu, hastanın mevcut durumu nedeniyle süresiz işten güçten kaldığı, iyileşmesinin söz konusu olmadığı...”⁴⁰¹ “...bu kişilerden birinin kafa atması sonucu davacının yaralandığı ve 15 (onbeş gün) iş ve güçten kalacak şekilde yaralandığı...”⁴⁰², “ayağının, kamyonun altında kalarak kırılması olayında, iş mevsiminde asgari üç ay müddetle iş ve gücünden kalmış bulunan davacıya...”⁴⁰³, “kişinin geçirdiği kaza nedeniyle meslek ve zanaatını icradan uzunca bir süre uzak kalması”⁴⁰⁴, çalışma gücünün geçici olarak kaybına örnek teşkil eder. “Ameliyat sonrası tedavi bakımının gereğince yapılmaması sonucunda bacağı kesilen ilgilinin uğradığı

³⁹⁸ D.10.D. 24.1.2001 tarih ve E.1998/1476, K.2001/211 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 15 Ocak 2010.

³⁹⁹ Ekmekçi, a.g.m., s. 95.

⁴⁰⁰ Tunçomağ, a.g.e., C.I., s. 283.

⁴⁰¹ D.10.D. 28.9.2007 tarih ve E.2004/11213, K.2007/4449 sayılı kararı, D.D. Y..38, S.117, 2008, s. 278-281.

⁴⁰² D.İDDGK. 04.10.2007 tarih ve E.2006/4292, K.2007/1821 sayılı kararı, D.D. Yıl.38, S.117, 2008, s.48-51.

⁴⁰³ D.12.D., 14.03.1967 tarih ve E. 1965/4260, K. 1967/399, sayılı kararı, Esin, a.g.e., s. 210.

⁴⁰⁴ D.12.D., 31.03.1971 tarih ve E. 1969/4161, K. 1971/820, sayılı kararı, Esin, a.g.e., s. 102.

zararın hizmeti kusurlu yürüten idarece tazmini gerektiği”⁴⁰⁵ “davacının başına ve boynuna dipçikle vurarak gözlerinin kör olmasına sebebiyet verilmesi sebebiyle uğradığı maddi kayıp...”⁴⁰⁶ ise çalışma gücünün sürekli kaybına örnek teşkil eder.

Çalışma gücünden yoksunluğun kısmen ya da tamamen olması bakımından ise; “kamu görevlisi davacının görevi başında yaralanarak çalışma gücünü % 45 oranında kaybettiği,”⁴⁰⁷ “...çalışma gücünü %27.1 oranında kaybettiğinin anlaşıldığı...”⁴⁰⁸, “...%55 oranında işgücü kaybının olduğunun tespit edilmesi üzerine...”⁴⁰⁹, “trenin devrilmesi ve bu yüzden sağ elinin bileğinin üst kısmından kesilmesi yüzünden meydana gelen doku eksikliği sebebiyle sakat kalması sonucu çalışma gücünü %65 kaybetmesi sebebiyle ...”⁴¹⁰ “çalışma gücünde %42 nispetinde azalma olması”⁴¹¹ çalışma gücünden kısmen yoksunluğa örnek teşkil eder. “Sağ kolunun omuzdan, sol kolunun dirsek üstünden kopması sonucu bedenen çalışma gücünün tamamını kaybettiğinin 29.7.1981 günlü Numune Hastanesi Sağlık Kurulu raporu ile belirlendiği”⁴¹², ise çalışma gücünden tamamen yoksunluğa örnek teşkil eder.

Kaybın geçici veya sürekli nitelikte olduğu bir tıbbi rapor sonucunda belirlenir. Vücut bütünlüğü ihlal edilen mağdurun, hüküm tarihinde çalışma gücü kaybı sona ermişse veya bu tarihten bir süre sonra sona ereceği anlaşılmışsa, başka bir anlatımla tamamen iyileşmiş veya iyileşecekse,

⁴⁰⁵ D.10.D., 09.12.1992 tarih ve E.1992/184, K.1996/4321, sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 20 Eylül 2009.

⁴⁰⁶ D.12.D., 04.04.1972. tarih ve E.1970 / 2007, K. 1972 / 1037, sayılı kararı, esin, a.g.e., Esas, s. 172.

⁴⁰⁷ D.10.D. 10.6.1998 tarih ve E.1997/6244, K.1998/2504 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 16 Ocak 2010.

⁴⁰⁸ D.10.D. 20.10.1999 tarih ve E.1997/721, K.1999/5266 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 16 Ocak 2010.

⁴⁰⁹ D.10.D. 18.9.2007 tarih ve E.2005/4493, K.2007/4199 sayılı kararı, D.D. Yıl.38, S.117, 2008, s. 284-286.

⁴¹⁰ D.12.D., 06.03.1969 tarih ve E.1965/86, K. 1969/454, sayılı kararı, Esin, a.g.e., s. 201-202.

⁴¹¹ D.12.D., 29.05.1968 tarih ve E.1967/270, K. 1968/1284, sayılı kararı, Esin, a.g.e., s. 497.

⁴¹² D.6.D., 09.10.1984 tarih ve E.1983/365, K.1984/ 2813 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 16 Ocak 2010.

çalışma gücünün geçici olarak kaybindan söz edilir. Çalışma gücünün geçici kaybının devam süresi de tıbbi raporla belirlenir.⁴¹³

Bedensel zararın etkisi belirli bir devreye ilişkin ise, yani sakatlık geçici bir nitelik taşıyorsa bu yüzden yoksun kalınan kazanç veya uğranılan zarar miktarını hesaplamak nispeten kolaydır. Çalışma gücünün geçici kaybında kazanç mahrumiyetinin hesabı çalışma gücünün muhtemel kayıp süresi dikkate alınarak yapılır. Olay tarihi ile iyileşme tarihi arasında kişinin normal olarak elde edebileceği kazanç, uğradığı kaybı teşkil eder ve bu miktar kadar tazminata hükmedilmesi gerekir.⁴¹⁴ Geçici iş göremezlik durumunda uğranılan gelir kaybının hesabı serbest çalışanlar bakımından güçlük gösterebilir. Burada çalışanın gelirinin net bir şekilde ortaya konulması her zaman mümkün olmayabilmektedir. Ücretliler bakımından gelir kaybının yani zararının hesabı ise daha kolaydır.⁴¹⁵ Zira bu durumda elde edilen gelir daha net bir şekilde ortaya konulabilir. Diğer yandan Ücretle çalışanlarda bunun kapsamına sadece ücret değil yan ödemeler de girer. Gerçekten, bağımsız çalışanların bu sürede uğradığı maddi zararın tespitinde, kişinin çalışmasının şekli ve işyerine etkisinin göz önünde bulundurulması gerekir.⁴¹⁶

Ayrıca vücut bütünlüğü ihlal edilen ev kadının da kocasını hizmetçi tutmaktan kurtarmak suretiyle aile bütçesine yaptığı katkıdan mahrum kalması da bir kazanç mahrumiyeti sayılabilir.⁴¹⁷ Bunun yanında kadın aynı zamanda gelir getiren bir faaliyette de bulunmakta ise zararın tespitinde, bu faaliyetten elde edilen gelirin de dikkate alınması gerekir.⁴¹⁸ Yine henüz çalışma yaşamına atılmamış veya çalışma yaşamının dışında kalmış bulunan kişiler bakımından geçici iş göremezlik kuralı olarak herhangi bir gelir kaybına yol açmaz. Ancak, çocuklar bakımından bazen geçici iş göremezlik, okulun bitimini ve buna bağlı olarak çalışma yaşamına girişi geciktirir. Böyle bir

⁴¹³ Ekmekçi, a.g.m., s. 96.

⁴¹⁴ Esin, a.g.e., s. 448.

⁴¹⁵ Karahasan, a.g.e., s. 152.

⁴¹⁶ Ekmekçi, a.g.m., s. 97.

⁴¹⁷ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 559.

⁴¹⁸ Ekmekçi, a.g.m., s. 105.

durumda okulun uzamasının yol açtığı giderler ile kaybedilen zaman miktarında bir iş karşılığı ücretin tazminat olarak kabul edilmesi gerekir.⁴¹⁹

Buna karşın sakatlığın sürdüğü ya da süreceği anlaşılıyorsa çalışma gücünden yoksunluğun sonuçlarını hesaplamak güçleşir.⁴²⁰ Bu durumda zarar, geleceğe ilişkin farazi olarak hesaplanır.⁴²¹ Çalışma gücünün devamlı kaybında mağdurun kayba uğramasa idi çalışabileceği süre dikkate alınır. Bu durumda bedensel bütünlüğün bozulması nedeniyle oluşan zarar kapsamına, davacının tazminata hüküm verileceği tarihe kadar olan kazanç kayıpları girdiği gibi, çalışma gücünün tamamen ya da kısmen kaybının gelecekte yol açacağı kazanç kayıpları da girer. Yani, yalnızca zarar verici eyleme maruz kalınan gündeki gelir değil, bu fiil işlenmemiş olsaydı, zarar görenin gelecekte elde edebileceği kazancı da hesaplanır.⁴²² Çalışma gücünde devamlı düşüklük halinde olayın bütün özellikleri göz önünde bulundurularak gelecekteki muhtemel zararın takdir edilmesi gerekmektedir.⁴²³

Bu durumda, zarar miktarının hesaplanması bir uzmanlık işi olduğundan, Danıştay bu saptamayı genellikle bilirkişi eliyle yaptırmaktadır.⁴²⁴ Uygulamada, ilk olarak sakatlığın niteliğini, derecesini ve devam edeceği süreyi saptamak yönünden tıbbi inceleme yapıldığı görülmektedir. Burada zarar mağdurun çalışabileceği süre içerisinde devam edeceğinden, mağdurun iş görebilirlik süresinin uzunluğu ve çalışma gücü kaybının oranı gibi hususlar önem taşımaktadır.⁴²⁵ Mahrum kalınan kazancın hesabında dikkate alınacak olan çalışma gücündeki kayıp oranı, haksız fiilden etkilenen organa, etkilenme derecesine ve mağdurun mesleğine göre değişir. Ayrıca mağdurun yaşı ve sağlık durumu da oranın tespitinde rol oynar. Beden ve ruh tamlığı ihlallerinin, zarar görenin sanat ya da mesleğine

⁴¹⁹ Ekmekçi, a.g.m., s. 97.

⁴²⁰ Esin, a.g.e., s. 448.

⁴²¹ Eren, a.g.e., s. 713.

⁴²² Karahasan, a.g.e., s. 153-154.

⁴²³ Oğuzman, Öz a.g.e., s.559; Tunçomağ, a.g.e., C.I., s. 284.

⁴²⁴ Güran, a.g.m., s.162; Zabunoğlu, a.g.e., s. 448.

⁴²⁵ Ekmekçi, a.g.m., s. 97.

yapmış olduğu etki ve bunun oranı ayrıca göz önünde tutulmalıdır. Büroda çalışan bir kimsenin bacağını yitirip sakat kalması ile yük taşıyan işçinin bacağını yitirip sakat kalmasının sonuçları bir değildir. Böyle olunca da, sakatlığın ya da hastalığın çeşidi ve derecesi, zarar görenin kazanma gücünü hangi oranda azalttığıнын incelemesi gerekir.⁴²⁶

Yine tıp bilirkişisinin bulduğu verilere göre de; kişinin muhtemel yaşam süresi, mesleği, kazanç durumu, yaşı, çalışabileceği süre (faal devre) ve uğradığı sakatlığın mesleğini yürütmesine ve kazancına ne ölçüde etki yapacağı göz önünde tutularak zarar miktarı bilirkişilere hesaplatılması gerekmektedir. Burada önemli bir husus ise mağdurun kısmen veya tamamen çalışmaya muktedir olamamasından doğan zararlar tazmin edilmek gerektiğinden, mağdurun, henüz çalışmaya başlamamışsa, çalışma süresi başlangıcının ve zaten çalışıyorsa, çalışmasının devam edeceği sürenin tespit edilmesidir. Zira vücut bütünlüğünün ihlali ile meydana gelen gelir kaybı, mağdurun bu kaza olmasaydı gelir elde edebileceği süre boyunca söz konusu olur. Şu halde kazalının aktif devresinin ne kadar süreceği, maddi zarar hesabının önemli bir unsurunu oluşturur.⁴²⁷

Kısmen veya tamamen çalışmaya muktedir olamamaktan doğan zararının hesaplanmasında kişinin gelir elde etme yeteneğindeki, başka bir anlatımla, işgücünü ekonomik olarak değerlendirmek konusundaki bedeni ve ruhi yeteneğindeki kaybın yarattığı sonuçların tespit edilmesi gerekmektedir.⁴²⁸ Zira kişinin durumuna uygun başka bir iş ve meslekte çalışabilme olasılığı varsa zararın saptanmasında bu olasılığın da hesaba katılması ve yeni işten sağlanabilecek kazancın tazminat miktarından düşülmesi şarttır. Yine sakatlık ya da hastalık zarar görenin sanatını ya da mesleğini yürütmesine engel olsa da zarar gören kimsenin başka bir mesleğe

⁴²⁶ Karahasan, a.g.e., s. 154.

⁴²⁷ "...Ömür olarak tanımlanan yaşama sınırı ile bu sınır içinde çalışabilme ve kazanç sağlayabilme gücü ayrı ayrı vakalar olmak gerekir. Örneğin, tazminat davalarında ömür değil çalışma süresi esastır..." Y9 HD.E. 1969 /3220, K. 1969 / 6602, KT. 16.06.1969. (Güleç Uçakhan, Sema, Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2008, s. 274).

⁴²⁸ Ekmekçi, a.g.m., s. 104.

uyum yeteneği, yaşı ve zekâsı, sosyal hali, durum ve koşulların özelliği, başka bir sanat ya da meslek yapmasını gerekli kıldığı ölçüde bu da göz önünde bulundurularak zarar hesaplanır.⁴²⁹ Yaptığı meslekteki kazanma gücünü kaybetmiş olsa da kişinin başka bir meslekte kazanma gücü devam edebilir. Zararın hesaplanmasında bu durumun da göz önünde bulundurulması gerekir. Ancak, gücünü aşan ya da sağlığını tehlikeye koyan veya sosyal düzeyi ile bağdaşmayan bir sanata veya mesleğe girmesi için, zarar gören kimse zorlanamaz. Zarar gören, kendisinden beklenebileceği halde sanatını ya da mesleğini değiştirmekten kaçınırsa, bu, birlikte kusur sayılır ve giderimden indirim yapılır. Zararı ise, yeni sanata ya da mesleğe girseydi, kazanacağı daha az tutarla eski kazandığı tutar arasındaki farktan ibaret olup, böyle bir fark yoksa zarardan da söz edilemez.⁴³⁰ Zarar gören kişi belirli bir meslek ya da kazanç sahibi değilse, onun öğrenim durumuna, yetişkinliğine, yeteneklerine ve içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal koşullara göre ortalama bir hesap yapılması gerekecektir. Bunun gibi sakatlığı yüzünden kişiye bir aylık bağlandığında ya da toptan bir ödeme yapıldığında bu hususun da zarar miktarının tespitinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁴³¹

Diğer yandan mahrum kalınacak kazancın hesabında dikkate alınacak olan yıllık kazanç miktarı yani gelir durumu mağdurun haksız fiile maruz kaldığı sıradaki kazancı dikkate alınarak tespit edilir. Ayrıca zararın tespitinde hesap tarihine kadar gelirinde meydana gelen artışlar⁴³² ve bu kazançtaki artma ihtimalleri de göz önünde tutulur. Ancak, gelir durumu belirlenirken

⁴²⁹ “...Kolu kopan Levazım üsteğmeni davacı 1938 doğumlu olup Harp Okula mezunu bulunduğu, bu kaza sebebiyle için ordudan ayrılmak mecburiyetinde kalmış ise de , henüz 29 yaşında bulunduğundan sol kolunun takma olması yeni bir iş ve meslek edinmesine mani teşkil etmeyeceği göz önünde bulundurularak...” (D.12.D., 8.11.1967 tarih ve E. 1966/1991, K. 1967/1788, sayılı kararı, Esin, a.g.e., s. 119).

⁴³⁰ Karahasan, a.g.e., s. 156.

⁴³¹ Esin, a.g.e., s. 448-449.

⁴³² “...Öte yandan davacı kamu görevlisi olup, geliri maaş katsayısına bağlı olarak belirli dönemlerde artmaktadır. Zararın tespitinde, hesap tarihine kadar, gelirinde meydana gelen artışların zarara yansıtılması gerekir. Başka bir ifadeyle, davanın görülmesi sırasında ücrette bir artış meydana gelmiş ise, bu yeni ücrette göre hesaplama yapılmalıdır. ...” (D.10.D. 18.3.2008 tarih ve E.2007/8532, K.2008/12312800 sayılı kararı, D.D. Y..38, S.119, 2008, s.336).

yasadışı faaliyetlerden elde edilen kazanç, yani alışılmış olmayan, hukuka aykırı faaliyetlerden elde edilen kazançlar hesaba katılmaz.⁴³³ Mağdurun yaşının küçüklüğü, öğrenci olması gibi sebepler de henüz kazancı bulunmaması halinde ilerideki kazanç ihtimaline göre hesap yapılır. Bu konuda kuvvetli veriler bulunmuyorsa, uygulamada benimsendiği üzere, asgari ücret üzerinden hesaplama yapılması gerekir.⁴³⁴ Mağdurun yıllık kazancının çalışma gücünün kayıp oranına çarpımı yıllık kazanç mahrumiyeti tutarını belirler. Bu miktarın çalışma gücünün kaybı süresi ile çarpımı çalışma gücünün tamamen kaybı veya azalmasının yol açacağı müstakbel kazanç mahrumiyeti miktarını belirleyecektir.⁴³⁵

Zarar gören kişi çalışmayan biri ise hukuka aykırı bir fiil nedeniyle gelir kaybına uğradığından söz edilemez. Zira bu halde ortada elde edilen gelir nedeniyle uğranılan bir zarar mevcut değildir. Ancak zarara uğrayan kişi ileride çalışacağını ya da söz konusu hukuka aykırı fiil nedeniyle işe girme fırsatını kaçırdığını kuvvetle beklenir şekilde ispatlaması durumunda, bu olay nedeniyle meydana gelen zararını talep edebilecektir. Bu durumun davacı tarafından net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

Son olarak çalışma gücünün azalması ya da yok olması halinde, tazminat isteme hakkı kural olarak zarar görene aittir. Ancak Danıştay'ın bu kurala uymayan kararları da bulunmaktadır.⁴³⁶ Nitekim bir Danıştay kararında; Güvenlik güçlerine ait makineli tüfeğin ateş alması sonucu yaralanarak sağ bacağı kesilen ve çalışma gücünün %60'nı kaybeden davacının ve anne ve babasının uğradıklarını ileri sürdükleri zararın hizmetin iyi işlememesi nedeniyle idarece tazminine hükmedilmiştir.⁴³⁷

⁴³³ Karahasan, a.g.e., s. 158.

⁴³⁴ Ekmekçi, a.g.m., s. 104.

⁴³⁵ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 559.

⁴³⁶ D.10.D., 08.10.1996 tarih ve E.1995/3009, K.1996/5895 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 25 Eylül 2009.

⁴³⁷ D.12.D., 14.03.1967 tarih ve E.1965/50, K. 1967/368, sayılı kararı, Esin, a.g.e., s.216.

c. Ekonomik Alanda İlerlemenin Güçleşmesi

Bir kimsenin beden bütünlüğünün bozulması nedeniyle iktisadi istikbali sarsılmış olabilir. Bu durum çalışma gücünün, ekonomik alanda ilerlemenin bozulması ve bunun sonucunda kazanma yeteneğinde bir azalma meydana gelmesi demektir.⁴³⁸ Bu hallerde müstakbel bir zarar söz konusudur. Hiç şüphesiz çalışma gücünün kaybı kişinin ekonomik geleceğini tehlikeye sokmuş olabilir. Ancak beden bütünlüğünün ihlali kişinin çalışma gücünü ortadan kaldırmış olmasa bile ekonomik alanda ilerlemesini güçleştirebilir.⁴³⁹ Mesele vücut bütünlüğü ihlal olunan kişi çalışma gücünü tam olarak kaybetmiş olmasa dahi, iş piyasasında ve rekabet ortamında yeni bir iş bulmakta ya da eski işini korumakta güçlük çekebilir veya eski işini korusa bile daha fazla efor sarfetmek, daha fazla dikkat ve çaba harcamak durumunda kalabilir,⁴⁴⁰ hatta işten çıkarılarak işsiz dahi kalabilir.⁴⁴¹ Ancak burada söz konusu olan çalışma gücünün tamamen ya da kısmen kaybının dışında ekonomik geleceğin sarsılmasının meydana getirdiği zararlardır. Borçlar Kanunu'nun 46 ncı maddesinin 1. fıkrasında bu zararlar, "iktisaden mahrum kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zararlar" tarzında ifade edilmiş bulunmaktadır.⁴⁴²

⁴³⁸ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Refet Özdemir, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Yargıtay Yayını, No.19, Ankara, 1987, s. 121.

⁴³⁹ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 307-308.

⁴⁴⁰ "Tazminat hukukunda çağın gereklerine uygun olarak geliştirilen içtihatlarla kişinin kalıcı sakatlıkları nedeniyle oluşan beden gücü kaybı nedeniyle gelirinde ve dolayısıyla mal varlığında bir eksilme meydana gelmemiş olsa dahi güç (efor) kaybı tazminatı diye tanımlanan tazminatın ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Beden gücü kaybına uğrayan kişinin aynı görevi ve hayatın olağan akışı içindeki diğer işlerini zarardan önceki durumuna ve diğer kişilere göre daha fazla bir güç (efor) sarfiyla yaptığı gerçeğinden hareket edilerek, bir anlamda zararı, bu fazladan sarf edilen gücün oluşturduğu esas benimsenmektedir. Kişinin, bu zararını bizzat kendisinin "daha fazla bir güç" harcamakla gidermiş olması nedeniyle ilgili idarenin tazmin sorumluluğu olmayacağını kabul etmek ise güç kaybı tazminatının yukarıda açıklanan amacına hak ve nasafet ilkelerine aykırıdır." (D.10.D. 24.1.2001 tarih ve E.1998/1476, K.2001/211 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 15 Ocak 2010).

⁴⁴¹ Eren, a.g.e., s. 717-718.

⁴⁴² Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 562; Esin, a.g.e., s. 449.

Ekonomik alanda gelişmenin zorlaşması oranında idare tazmin sorumluluğu altına girecektir.⁴⁴³ Ekonomik alanda ilerlemenin güçleşmesi özellikle güzelliğin bozulması halinde görülür. Bir kaza sonucunda çirkinleşen kişinin iş bulma olanağının azalacağını ve bulduğu işte de kolayca yükselemeyeceğini kabul etmek gerekir. Özellikle; dansöz, manken, otel işçisi, propagandist gibi meslek sahipleri yönünden bu olasılık daha fazla olmaktadır. Çirkinlik nedeniyle evlenme şansını yitiren bir kızın da ekonomik geleceğinin tehlikeye düşeceğine kuşku yoktur.⁴⁴⁴ Nitekim Danıştay bir kararında; Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'na bırakılan 5 yaşındaki kız çocuğunun sıcak su taşıyan bakıcı anne ile çarpışarak vücudu kısmen yanmıştır. Açılan tazminat davası idare mahkemesi, çocuğun “genel çalışma gücünü %13 oranında kaybettiğini” tespit ettikten başka, “davacının yaşı ve belirlenen iş gücü kaybı dikkate alındığında evlenme şansının azaldığını ve girebileceği meslek grupları sayısının sınırlandığını kabulü zorunlu olduğundan belirtilen nedenle uğranılan zararın tazmini gerektiğine” karar vermiş ve bu karar Danıştay Onuncu Dairesi tarafından onanmıştır.⁴⁴⁵

Bazı aksaklıkların çalışma gücünü mü azalttığı, yoksa ekonomik gelişmeyi veya geleceğini mi sarsıp güçleştirdiği hususunda tereddüt edilebilir. Fakat aralarında sonuç farkı yoktur. Bu iki halden hangisi söz konusu olursa olsun, tazmini gereken bir zarar doğmuş demektir.⁴⁴⁶

Nitekim, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarının da bu yönde olduğu gözlenmektedir:

“...Mahkemece yaptırılacak bilirkişi incelemesiyle; davacının çalışma gücündeki kayıp nedeniyle görevini ve hayatın olağan akışı içindeki diğer işlerini yerine getirirken daha fazla güç sarfedip sarfetmeyeceği hususunun araştırılması, daha fazla güç sarfedileceğinin saptanması halinde davacının

⁴⁴³ D.10.D., 06.02.2003 tarih ve E.2001/3091, K.2003/476 sayılı kararı, D.D. S.1, 2003, s. 429.

⁴⁴⁴ Esin, a.g.e., s. 449.

⁴⁴⁵ D.10. D'nin 20.10.1999 tarih ve E.1997/721, K.1999/5266 sayılı kararı, Gözler, age, C. II, s.1191.

⁴⁴⁶ Tekinay, v.d., a.g.e., s.823.

ve davalı idarenin olayın meydana gelmesindeki kusurları dikkate alınarak maddi tazminata hükmedilmesi gerektiği...”⁴⁴⁷, “...Tanınmış ressamlardan olması, yurt içi ve yurt dışı resim sergileri ve güzel sanatlar dalındaki faaliyetleri ile temayüz etmesi ve olaydan sonra bu gibi çalışmalarının önemli ölçüde aksaması sebebiyle...”⁴⁴⁸, “...Yakalayıp inzibat merkezine götürmek istediği bir jandarma erinin fırlattığı taşla gözünden yaralanıp sakat kalan inzibat erinin Sivil hayatta terzilik yaptığı ve genç yaşta bir gözünü kaybetmesi yüzünden mesleki faaliyetini layığı ile ifa edemeyecek”⁴⁴⁹ olması nedeniyle, “...Tank şoförünün kusuru yüzünden meydana gelen kaza sonunda sakat kalan çocuğun henüz 11 yaşında ve öğrenci olması ve çalışma gücünün önemli bir ölçüde azalması, yaşam şartlarının güçleşmesi ve yitirdiği güç nispetinde, işinde ilerleme ve yükselme imkanlarından yoksun bir duruma düşmesi”⁴⁵⁰ sonucu, iktisadi geleceğin sarsılması nedeniyle maddi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, görevli olduğu gemide fırtına nedeniyle düşme sonucu elinden sakatlanan, ancak bu sakatlık nedeniyle askerliğe elverişsiz duruma gelen davacı erin, askerlik öncesi mesleğinin teknik ressam olması nedeniyle ekonomik geleceğinin sarsıldığını kabul ederek maddi tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴⁵¹ Yine AYİM, yedek subaylığını yaparken uğradığı bir idari eylem nedeniyle sakatlanan, ancak arızası mesleğine engel bir hal ve yan etki yaratmayan kişinin, çalışma gücünde %20 oranında kayba uğradığı ve mesleğini icra ederken aynı işi yapana göre %20 oranında daha fazla güç sarfedeceğinden, bu kişinin güç kaybından doğan maddi zararın karşılanması gerektiğine hükmederken⁴⁵², sakatlığı nedeniyle sınıf değiştirerek göreve devam etme imkanı varken, isteği üzerine malülen emekliye sevk edilen subayın uğradığı zararın, kendi

⁴⁴⁷ D.10.D. 24.1.2001 tarih ve E.1998/1476, K.2001/211 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 15 Ocak 2010.

⁴⁴⁸ D.12.D., 03.02.1970 tarih ve E.1965/4201, K.1970/218, Esin, a.g.e., s. 77.

⁴⁴⁹ D.12.D., 06.05.1969 tarih ve E.1967/1940, K.1969/1068, Esin, a.g.e., s. 478.

⁴⁵⁰ D.12.D., 14.03.1967 tarih ve E. 1965/50, K. 1967/388, Esin, s. 491-492.

⁴⁵¹ AYİM. 2. Daire, 12.14.1994 tarih ve E.1993/458, K.1994/1770 sayılı kararı, Atay, a.g.e., s. 689.

⁴⁵² AYİM. 2. Daire, 09.02.1983 tarih ve E.1983/343, K.1983/139 sayılı kararı, Özgüldür, a.g.e., s. 344.

davranışından kaynaklandığını ve ekonomik geleceğinin sarsılmasına davacının bu davranışının yol açtığını belirterek, maddi tazminat isteminin reddine hükmetmiştir.⁴⁵³

Ekonomik geleceğin sarsılmasına bağlı bir zararın söz konusu olup olmayacağını tayin ederken de sert ve katı prensiplerden kaçınarak her somut olayı kendi özellikleri çerçevesinde değerlendirmek daha uygun olacaktır.⁴⁵⁴ Zarar görenin, kararın verilmesi sırasında bir iş sahibi bulunmaması veya işinden çıkarılmış olması da bir önem taşımamalıdır. Bedensel zararın sonuçları, yaşamın gidişine ve alışlagelen durumlara göre değerlendirilmelidir.⁴⁵⁵

2. Ölüm Olayı Nedeniyle Meydana Gelen Zararlar

a. Ölümden Önceki Tedavi Giderleri

Ölüm hemen meydana gelmemişse tedavi amacıyla bazı giderlerin yapılması gerekecektir. Gerçekten, durumu ne denli umutsuz olursa olsun bir insanın tedavisiz bırakılması düşünülemez.⁴⁵⁶ Tedavi giderleri evdeki ve hastanedeki bakım giderlerini içerir. Uygulamada; ambulans, doktor, muayene, ilaç, ulaşım, hasta bakıcı, tahlil, ameliyat, röntgen, ilaç, protez, yürüme araçları ve benzeri hizmet ve alımlar karşılığı yapılan harcamaların tedavi gideri olduğu ve zararın kapsamını oluşturduğu kabul edilmektedir.⁴⁵⁷ Borçlar Kanunu'nun 45. maddesinin 1. fıkrasında bu husus, "Bir adam öldüğü takdirde zarar ve ziyan, bilhassa defin masraflarını da ihtiva eder. Ölüm, derhal vuku bulmamış ise zarar ve ziyan tedavi masraflarını ve çalışmağa muktedir olamamaktan mütevellit zararı ihtiva eder." tarzında ifade

⁴⁵³ AYİM. 3. Daire, 10.05.1979 tarih ve E.1979/264, K.1979/235 sayılı kararı, Özgüldür, a.g.e., s. 343.

⁴⁵⁴ Tekinay, v.d" a.g.e., s. 824.

⁴⁵⁵ Velidedeoğlu, Özdemir, a.g.e., s. 122.

⁴⁵⁶ Esin, a.g.e., Esas, s. 442.

⁴⁵⁷ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 558.

edilmiştir.⁴⁵⁸ Zarar görenin yaptığı iyileştirme giderlerinin zorunlu olup olmamasının önemi yoktur. Küçük de olsa, bir iyileşme umudunun varlığı tedaviye başlamak için yeterlidir.⁴⁵⁹ Şu var ki dürüstlük kurallarına aykırı bir davranışla, karşı tarafa zarar vermek amacı ile yapılan giderlerin ödettirilmesi söz konusu olamayacaktır.⁴⁶⁰

Zarar görenin tedavisi amacıyla yapılan bu giderler, yine zarar gören kişinin kendisi tarafından yapılacağından, onun mal varlığında bir eksilmeye yol açacağından; ölümden sonra mirasçılarının anılan giderleri tazminat olarak istemeye hakları vardır.⁴⁶¹ Bu giderlerin kanıtlanabilmesi için her çeşit delile başvurulabilir. Diğer yandan yukarıda da belirtildiği gibi hukuka aykırı bir fiil nedeniyle meydana gelen ölümden önce ölenin yaptığı tedavi giderlerinin bir sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanmış olması halinde mirasçılar tarafından talep edilebilecek bir zararın bulunmadığı⁴⁶² açıktır. Ancak söz konusu tedavi giderlerinin özel hukuk tüzel kişisi olarak faaliyette bulunan sigorta şirketleri tarafından karşılanması durumunda ise, zararın oluştuğu ve meydana gelen zararın halef olarak gideri karşılayan şirket tarafından idareden talep edilebileceğinin kabulü gerekir.

Danıştay kararlarında da belirtilen bu hususların vurgulandığı görülmektedir. Nitekim Danıştay bir kararında; “Davacıların müşterek çocuğu olan A.U.’nın davalı Üniversiteye ait Tıp Fakültesinde yapılan bademcik ameliyatı sırasında yanlış serum verilmesi sonucu ölümü nedeniyle; ... lira hastaneye yatış ücreti,... lirası ameliyat ücreti olarak ödenen para ile anne ve baba için destekten yoksun kalma yüzünden olmak üzere, uğranıldığı ileri sürülen zararın tazminine karar verilmesi istemiyle açılan davada, ameliyat ve hasta girişi için ödenen...lira maddi kaybın görevsiz yargı yerine dava

⁴⁵⁸ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 308.

⁴⁵⁹ Velidedeoğlu, Özdemir, a.g.e., s. 118.

⁴⁶⁰ Karahasan, a.g.e., s. 146.

⁴⁶¹ Esin, a.g.e., Esas, s. 442.

⁴⁶² D.10.D., 14.11.1996 tarih ve E. 199/3626, K. 1996/7545, sayılı kararı, (Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e, s. 765-766).

açma tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte iadesine...”⁴⁶³ şeklinde karar vermiştir.

b. Ölüm Sonrası Cenaze Giderleri

Ölüm halinde doğan zararlar arasında cenaze giderleri de yer alır. Borçlar Kanunu’nun 45 inci maddesinin 1 inci fıkrasında bu zararlar “defin masrafları” olarak ifade edilmiştir. Cenaze giderleri kapsamı içine ancak ölümle doğrudan doğruya ilişkisi bulunan giderler girer.⁴⁶⁴ Uygulamada otopsi için yapılan giderler, cenazenin taşınması, yıkanması, kefenlenmesi, cenaze merasimi, mezar yeri satın alınması, bu zarar kapsamına girdiği kabul edilmektedir. Bunun yanında, ölenin sosyal ve ekonomik durumuna ve yerel törelere göre yapılması gerekli olan bazı giderler de (örneğin, makul ilan masrafları, dua masrafları, yoksullara verilen sadaka vb.,) buraya girer.

Bilindiği üzere, cenaze ve defin giderlerinin terekeden yapılması gerekmektedir. Bu nedenle, anılan giderleri maddi tazminat olarak isteme hakkının mirasçılara ait olduğu kabul edilir. Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi içtihatlarının da yukarıda belirtilen hususlarla paralel olduğu ve istem halinde cenaze defin giderlerine karşılık maddi tazminata hükmedildiği görülmektedir.⁴⁶⁵

Nitekim Danıştay; davacılar yakınının Tıp Fakültesi Beyin Cerrahi Bölümü kapısı önündeyken başına saç dolap rafı düşmesi sonucu ölmesi nedeniyle açılan tazminat davasında; “...uğranılan zarara karşılık ölenin annesi için 9.953.76 lira babası için 2.635.68 ve defin masrafı 15.000 olmak

⁴⁶³ D.10.D., 13.11.1996 tarih ve E. 1996/1091, K. 1996/7530, sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e, s. 358-359.

⁴⁶⁴ Velidedeoğlu, Özdemir, a.g.e., s. 117-118.

⁴⁶⁵ Esin, a.g.e., s. 442.

üzere toplam 27.589.44 lira maddi tazminatın davalı idareden alınarak adıgeçen davacılara verilmesine,” karar vermiştir.⁴⁶⁶

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de bir kararında; bir subayın vefatı üzerine babasının yaptığı masrafların tazmini gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁶⁷

c. Gelirden Yoksun Kalma Zararı

Beden ve ruh tamlığı ihlal olunan kişinin çalışmadığı günlere ilişkin zararları bu kapsama girmektedir. Oluşan bu zararlar da tazmin konusu yapılabilmektedir. Borçlar Kanunu’nun 45 inci maddesinin 1 inci fıkrasında bu durum “Ölüm, derhal vuku bulmamış ise zarar çalışmaya muktedir olmamaktan mütevellit zararı ihtiva eder” şeklinde ifade edilmiştir. Bu kapsamdaki zararlar ölenin kendi şahsına ilişkin doğrudan uğradığı zararlardır. Bu nedenle, söz konusu zararların tazmini istemi mirasçılara intikal eder.⁴⁶⁸ Ölüm meydana geldikten sonra ölenin mirasçıları, sorumlu idareye karşı gelirden yoksun kalma zararı için dava açabileceklerdir.⁴⁶⁹

3. Destekten Yoksun Kalma Zararı

a. Genel Olarak

Ölüm nedeniyle ortaya çıkan zararların önemli bir bölümünü ölenin desteği ile hayatlarını sürdüren kişilerin uğradığı zararlar oluşturmaktadır. Bir kişinin ölümü sonucunda sağlığında o kişiden yardım alan yakınlarının ortaya maddi zararı çıkar. Yine ölenin ileride yardım edeceği, bakıp gözeteyeceği kimseler de ölüm yüzünden aynı şekilde zarar görmüş olurlar. Bu zararın

⁴⁶⁶ D.10.D. 15.6.1983 tarih ve E.1982/3852, K.1983/1515 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 16 Ocak 2010.

⁴⁶⁷ AYİM. 3. Daire, 18.12.1980 tarih ve E.1980/202, K.1980/255 sayılı kararı, Özgüldür, a.g.e., s. 339.

⁴⁶⁸ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 308.

⁴⁶⁹ Karahasan, a.g.e., s. 247.

tazmini için öngörülen tazminata Türk Hukukunda “destekten yoksun kalma tazminatı” adı verilmektedir. Burada amaç kendisine destek olan kişinin ölümünden önce desteğini yitiren kişinin bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşam düzeyini sürdürebilmesinin sağlanmasıdır.⁴⁷⁰ Nitekim Danıştay destekten yoksun kalma tazminatının amacını; “... ölen şahıs hayatta iken bazı kimselerin yardımcısı, maddi destekçisi durumunda ise, ölüm nedeniyle bu kimseler bir zarara uğramış olurlar. Bu durumun sonucu olarak destekten yoksun kalma tazminatının amacı; desteğini yitiren kimsenin, ölümün meydana gelmesinden önce bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşama düzeyinin devamını sağlayacak geliri temin” edilmesi şeklinde vurgulamıştır.⁴⁷¹ “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de bir kararında destekten yoksun kalma tazminatının amacını şu şekilde ortaya koymuştur; “...Destekten yoksun kalma tazminatının amacı, desteği yitiren kimsenin ölümün meydana gelmesinden önce içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşama düzeyinin devamını sağlayacak yardımın karşılığı olan paranın ödettirilmesidir...”⁴⁷² Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında bu husus; “Bilindiği gibi destekten yoksun kalma tazminatının amacı, desteğini yitiren kimsenin, ölümün meydana gelmesinden önce içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşama düzeyinin devamını sağlayacak yardımın karşılığı olan paranın, bir başka ifade ile bakım giderinin ödettirilmesinden ibarettir.” şeklinde belirtilmiştir.⁴⁷³

Bir şahsın bakıp gözetmekte olduğu kimseler, o şahsın ölümü üzerine bu desteklerini kaybetmeleri neticesinde oluşan zarar aslında niteliği itibariyle yansıma bir zarardır. Burada söz konusu zarar ölüm nedeniyle ölenin şahsında değil, müteveffanın yardımından mahrum kalanların şahsında doğmaktadır. Bu niteliği ile tazminat talebinin bağımsızlığı görüş birliği ile

⁴⁷⁰ Gözler, a.g.e., C. II, s.1202; Esin, a.g.e., s. 443.

⁴⁷¹ D.10.D. 29.1.2007 tarih ve E.2004/7285, K.2007/212 sayılı kararı, D.D. Y.. 37, S.115, 2007, s.334.

⁴⁷² AYİM. 2. Daire, 03.06.1987 tarih ve .1986/113, K,1987,80 sayılı kararı, AYİM Dergisi, S.17, Kitap 2, s. 919.

⁴⁷³ YHGK, 21.04.1982 tarih ve E.1974/1528, K. 1982/412, sayılı kararı, (Karahasan, a.g.e., s. 259-261).

kabul görmektedir.⁴⁷⁴ Tazminatın bağımsız olmasının sonucu olarak destekten yoksun kalanın ölenin mirasçısı olup da mirası reddetmiş olması bu tazminatı istemesine engel değildir.⁴⁷⁵ Burada diğer bir husus da bu talebin mirasçılara geçebilmesi, üçüncü kişilere devredilebilmesi ve rehin edilebilmesidir.⁴⁷⁶

İdare hukuku açısından, ölenin desteğinden yoksun kalınması halinde destekten yoksun kalma nedeniyle uğranılan zarar unsurlarının neler olacağı ve bu unsurların nasıl hesaplanacağı hususunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Destekten yoksun kalma kavramı da diğer zarar kalemleri gibi Borçlar Hukukun da düzenlenmiştir. Özel hukuk alanındaki düzenlemelerin ve destekten yoksun kalma zararı için getirilen çözümlerin idari yargı hukukunda da geçerli olduğu kabul edilmektedir. Destekten yoksun kalma tazminatı adı verilen bu tazminatı düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 45 inci maddesinin 2. fıkrasında “ölüm neticesi diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir.” demiştir.. Burada destekten yoksun kalma zararının kapsamını belirlerken çözümlenmesi gereken en önemli sorunu, destek kavramının mahiyetinin ortaya konulması oluşturmaktadır.⁴⁷⁷

b. Destek Kavramı ve Türleri

Bir şahsa fiilen sürekli ve düzenli bir şekilde bakan ve olayların olağan akışına göre ona bu tarzda ileride bakması kuvvetle tahmin edilen kimse o şahsın desteği sayılmaktadır.⁴⁷⁸ Destek kavramı hukuki bir deyim olarak tamamen İsviçre Borçlar hukukuna aittir. Borçlar Kanunu'nun 45 inci maddesinin 2 nci fıkrasında “...müteveffanın yardımından mahrum

⁴⁷⁴ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 564; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 308.

⁴⁷⁵ Karahasan, a.g.e., s.249; Metin Gürbüz, *Beden Tamlığının İhlali ve Ölüm Hallerinde Doğan Maddi Zararın Hesaplanması ve Tazminatın Tayini*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 141.

⁴⁷⁶ Eren, a.g.e., s. 721.

⁴⁷⁷ Esin, a.g.e., s. 442-443.

⁴⁷⁸ Akyılmaz, a.g.m., s. 189.

kaldıkları...” şeklinde tercüme edilen ifadenin aslı, İsviçre Borçlar Kanunu’nda “...desteklerini kaybetmişlerse...” şeklindedir.⁴⁷⁹

Destekten yoksun kalma zararı kapsamında idarenin zararı tazminle sorumlu tutulabilmesi için öncelikle tazminat talebinde bulunanın ölenin sağlığında desteğinde faydalandığının ortaya konulması gerekmektedir. Bir kimsenin başkalarının desteği sayılabilmesi için yalnızca fiili bir bakma, geçindirme ilişkisinin varlığı yeterli olmaktadır. Ayrıca destekle baktığı şahsın, aynı ailenin fertleri, kan hısmı veya birinin diğerinin mirasçısı olması şart değildir. Bir şahsın diğer bir şahsın desteği olup olmadığı tamamen fiili duruma göre belirlenmektedir. Bir kişinin bakımını, para, hizmet veya mal ile sürekli ve düzenli şekilde karşılıksız sağlayan veya buna katkıda bulunan kimse o şahsın desteği sayılmakta olup, ayrıca desteğin bu yardımı yapmaya hukuken mecbur olup olmaması desteğin varlığının kabulü açısından önem arz etmemektedir.⁴⁸⁰ Dolayısıyla, yardımcı veya destek kavramını hısımlık, mirasçılık, nafaka yükümlülüğü gibi kanuni ilişkilere bağlı tutmak, bu ilişkilerle sınırlandırmak olanağı yoktur. Gerçi, anılan ilişkilerin varlığı halinde ölen kişi öncelikle yardımcı sayılır. Ancak, bu ilişkilerden biri olmaksızın da bir kimsenin destek sıfatını taşıması olanaklıdır.⁴⁸¹

Genel olarak Danıştay kararlarında, fiili olarak bakma, geçindirme unsurunun var olup olmadığını araştırmakta, tazminat isteminde bulunanın, ölenin sağlığında maddi desteğinden faydalandığının saptanmasının zorunlu olduğunu vurgulamakta, davacı ve destek olarak nitelenen kimsenin yaşamını sürdürdüğü sürece, ölen ve destek olarak nitelenen kimsenin kendi masraflarından ayrı olarak davacıya bir desteğinin bulunmaması halinde açılan tazminat isteminin reddine karar vermektedir.⁴⁸²

⁴⁷⁹ Güleç Uçakhan, a.g.e., s. 437.

⁴⁸⁰ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 565.

⁴⁸¹ Esin, a.g.e., s. 443; Karahasan, a.g.e., s. 251.

⁴⁸² D.10.D., 23.03.1998 tarih ve E. 1996/7556, K. 1998/1251, sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e, s. 934.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de bir kararında destekten yoksun kalma tazminatının amacı ve destek kavramı ile ilgili olarak şu görüşe yer vermiştir; “...Destekten yoksun kalma tazminatının amacı, desteğini yitiren kimsenin, ölümün meydana gelmesinden önce bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşama düzeyinin devamını sağlayacak yardımın karşılığı olan paranın ödettirilmesidir. Kanundan ya da sözleşmeden doğan bir bakım yükümlülüğü bulunmasa dahi, fiilen ve düzenli biçimde yardım eden ve olayların normal akışına göre eğer ölüm olmasaydı çok yakın gelecekte de bu yardımı sağlayacak kimse destek sayılır...”⁴⁸³.

Bakım gücünün ve bakım ihtiyacının eylemli ve sürekli olarak sağlandığının davacı tarafından kanıtlanması gerekmektedir.⁴⁸⁴ Bakma, çeşitli biçim ve içeriklerde olabilir: Bu para verme tarzında olabileceği gibi, yiyecek, elbise ve mesken sağlayarak; okuma masraflarını karşılayarak veya yatalak bir hastanın doktor ve hastabakıcı ücretlerini ödemek suretiyle bir fayda sağlama tarzında da olabilir. Keza hizmet de bir bakım yardımına konu olabilir. Özellikle evli kadınlar gördüğü ev hizmetleri dolayısıyla kocasının ve çocuklarının desteği sayılır.⁴⁸⁵

Yukarıda da belirtildiği üzere “destek” kavramı bir başkasının ya da başkalarının geçimini kısmen veya tamamen sağlayan kimseyi ifade etmektedir. Ölümün vuku bulduğu dönemde davacıya fiilen destek olana ve ileride de bu durumu devam ettirecek olana “fiile destek” ya da “gerçek destek” denilir. Bu kez ölümün vuku bulduğu dönemde fiilen destek sağlamamasına rağmen, ölmese idi yaşamın ve olayların olağan akışı içinde ileride büyük ihtimalle davacıya kuvvetle beklenen bir ihtimalle destek sağlaması beklenen kimseye “müstakbel destek” veya “farazi destek” denilmektedir.⁴⁸⁶ Özellikle küçük yaşta ölen çocuklar ana baba için bu

⁴⁸³ AYİM. 2. Daire, 28.12.1988 tarih ve E.1988/290, K.1988/290 sayılı kararı, Özgüldür, a.g.e., s.339.

⁴⁸⁴ AYİM. 2. Daire, 21.06.2000 tarih ve E.2000/500, K.2000/441 sayılı kararı, Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 728.

⁴⁸⁵ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 566; Tekinay, a.g.e, s. 835-836.

⁴⁸⁶ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 566.

nitelikte bir destek sayılırlar.⁴⁸⁷ Hatta Yargıtay dava sırasında maddi durumları desteği gerektirmeyen ana babanın ileride çocuğunun desteğine muhtaç olmaları ihtimalinin dikkate alınması gerektiği görüşündedir.⁴⁸⁸ Farazi destek halinde, durum fiili destek halindekiinden farklı faktörlere tabidir. Bu nedenle farazi destek sıfatının kabulünde fiili destek olmaya nazaran daha titiz davranmak ve bu tür desteğin çerçevesini daha dar tutmak gerekmektedir.⁴⁸⁹

Bir Danıştay kararında belirtildiği gibi, "...Davacıların 6,5 yaşında ölen çocuğunun ölüm olayı meydana gelmeseydi; 18 yaşına kadar anne-babasının bakım ve gözetiminde olacağı; 18 yaşından sonra ise, yaşamın ve olayların normal akışı içinde gelir getirici bir işte çalışabileceği kuvvetle muhtemel olup, bu yaştan itibaren yaşadığı yerin gelenekleri, yaşam biçim ve koşulları çalışma ve eğitim öğretim durumları da göz önünde tutularak anne ve babasına sağlayacağı muhtemel destek kaybından dolayı uğranıldığı ileri sürülen zararın hesaplanması gerekmektedir. Ancak destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilirken ölen kişinin olayın meydana gelişindeki kusurunun dikkate alınması gerekmektedir..."⁴⁹⁰.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ilk önceleri küçük çocuklar yönünden daha muhafazakâr bir tutum izlerken⁴⁹¹, daha sonra bu içtihadından dönmüştür. Nitekim AYİM bir kararında; Mızıka ve Astsubay Hazırlama Okulu öğrencisi olan kimsenin, okulda çıkan yangın sonucu ölümü nedeniyle, anne

⁴⁸⁷ Karahasan, a.g.e., s. 255.

⁴⁸⁸ Yarg. HGK. 12.12.1989 tarih ve 11-1233/2757; Yarg. 4. HD., 20.02.1986 tarih ve 1585/2553, Oğuzman, Öz, a.g.e., 299 nolu dipnot, s. 545;

⁴⁸⁹ Kemal Tahir Gürsoy, "**Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1972, No.1-2, S.29, s. 148.

⁴⁹⁰ D.10.D., 17.1.2001, E. ?/1504, K. 2001/78, (Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 227).

⁴⁹¹ "...Destekten yoksun kalanların ekonomik durumları, ölenin somut ve gerçekçi verilere dayalı desteklik gücü ve kanuni olanaklar, destekten yoksun kalma halinin varlığını veya yokluğunu gösterir. Vefat ettiği sırada 14 yaşında olan bir öğrencinin özellikle maddi yönden olmak üzere, ülkemizin bu günkü ekonomik ve sosyal şartlarında baba ve anasına destek olduğu kabul edilemeyeceği gibi, ilerideki ihtimali desteği kesin bir zararımış gibi nitelendirilip, maddi tazminata esas alınamaz. Kaldı ki davacılarından babanın halen astsubay olup, ailenin infak ve iâşesini sağlayacak güçte olduğu, emekli maaşına da müstahak bulunması sebebiyle, ileride oğlunun desteğine muhtaç olamayacağı bir gerçektir..." (AYİM. 2. Daire, 9.9.1982 tarih ve E.1982/341, K.1982/552 sayılı kararı, Özgüldür, a.g.e., s. 423).

ve babasının açtığı davada, ölen öğrencinin ileride astsubay çıkacağı ve ana basına yaşam boyu destek olacağı kabul edilerek, hesaplanan maddi tazminata hükmetmiştir.⁴⁹² Yine AYİM başka bir kararında “Üç yaşından itibaren tüm ihtiyaçları yanlarında kaldığı hala ve enişte tarafından karşılanan, askere giderken halasına tüm malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi veren, genel bir vekalet bırakan ve askerlik künye defterine, “ölümüm halinde varisim eniştemdir” yazan erin, davacı hala ve enişteye farazi desteği olduğunun kabulünde hukuki zorunluluk” bulunduğunu belirtmiştir.⁴⁹³,

c. Destekten Yoksun Kalanlar

Destekten yoksun kalma tazminatını düzenleyen Borçlar Kanunu’nun 45 inci maddesinin 2. fıkrasında “ölüm neticesi diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir.” denilmektedir. Burada destekten yoksun kalma tazminatının ölüm neticesinde ortaya çıkacağı belirtilmiş, ancak en önemli sorun olarak kimin destekten yararlanan sayılması gerekeceği ayrıntılı olarak belirtilmemiştir. Bu paralelde madde de geçen “diğer kimseler” deyiminden kimleri anlamak gerektiğinin açıklanması zorunluluk arz etmektedir. Uygulamada aşağıdaki kişilerin ölenin yardımından yoksun kalacağı kabul edilmektedir.⁴⁹⁴

1) Anne ve Babanın Çocuklarının Ölümü Nedeniyle Destekten Yoksun Kalmaları

Anne ve baba çocuklarının ölümü nedeniyle maddi tazminat talebinde bulunabilirler.⁴⁹⁵ Kural olarak, yetişmiş çocukların, ekonomik durumları elverişli olsa dahi, anne ve babalarına bakma yükümlülükleri yoktur. Anne ve

⁴⁹² AYİM. 2. Daire, 03.06.1987 tarih ve E.1986/113, K,1987,80 sayılı kararı, (erişim), http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar, 16 Ocak 2010.

⁴⁹³ AYİM. 2. Daire, 20.5.1993 tarih ve E.1992/214, K,1993/232 sayılı kararı, Özgüldür, a.g.e., s. 423.

⁴⁹⁴ Esin, a.g.e., s. 443.

⁴⁹⁵ Esin, a.g.e., s. 443.

baba açısından da destekten yoksun kalma tazminatının esasını, çocukların, onlara eylemli ve düzenli olarak geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak şekilde yardım etmeleri veya olayların olağan akışına göre eğer ölüm vuku bulmasaydı yakın bir gelecekte de bu yardımı sağlayacak olmaları, yani fiili olarak destek olmaları önem taşımaktadır. Yoksa burada hısımlık ilişkisi ya da kanunla getirilen nafaka yükümlülüğünün bir önemi bulunmamaktadır.⁴⁹⁶

Bu konuda esas güçlük ise, eğer çocuk pek küçük ise veya onun şimdilik herhangi bir kazanç ya da mesleği bulunmuyor ise anne ve babanın destekten yoksun kaldığından söz edilebilecek midir? Burada önemli olan husus yaşamın ya da olayların normal akışı içinde çocukların ileride kazanç sağlamalarının veya anne ve babalarına bakmalarının kuvvetle beklenebilir olmasıdır. Yani çocukların ileride destek olmaları beklenebilir ise, diğer şartların da mevcut olması halinde böyle bir tazminata hükmedilebilir. Danıştay, olayların normal akışına göre çocuğun ileride ana babasına bakmasının kuvvetle muhtemel bulunduğu hallerde, ana baba lehine destekten yoksunluk tazminatına hükmetmektedir.⁴⁹⁷ Nitekim Danıştay bir kararında; "...davacıların 6 yaşındaki çocuklarının davalı idareye ait bir su kanalına düşerek ölmesi sonucu uğradıkları maddi ve manevi zararların yerleşim birimlerinden geçen su kanalının etrafını kapatmamak suretiyle hizmeti kusurlu işleten idarece..."⁴⁹⁸ tazminine karar vermiştir.

Burada önemli olan diğer bir husus da, ana babanın bakım ihtiyacının gerçekleştiği anda, çocuğun da bakım gücüne kavuşup kavuşmayacağıdır. Özellikle, bir çocuğun ne zaman bakım gücüne kavuşacağına kuralla açıklanabilme olanağı yoktur. Ne var ki, ölen çocuğun öğrenim yapıp yapmadığı ve başarı derecesi, çalışıp çalışmadığı eldeki verilere göre değerlendirilerek, askerlik ödevi de göz önünde tutulup bakım gücüne ne zaman kavuşabileceği belli edilebilir. Ana babanın ölüm günündeki ekonomik

⁴⁹⁶ YHGK, 21.04.1982 tarih ve E.1974/1528, K. 1982/412, sayılı kararı, Karahasan, a.g.e., s. 259-261.

⁴⁹⁷ Esin, a.g.e., s. 443.

⁴⁹⁸ D.10.D., 27.10.1993 tarih ve E.1992/3057, K.1993/4149 sayılı kararı, D.D., S.89, s. 594-595.

durumlar, gelir kaynakları, bir işte çalışıp çalışmadıkları, yaşları gibi hususlar bulundurulurak bakım ihtiyacı içinde olup olmadıkları ve çocuklarının desteğine ne zaman ihtiyaç duyacakları araştırılarak bir sonuca varılması gerekir.⁴⁹⁹

Genel olarak Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi içtihatlarının da anne ve baba çocuklarının ölümü nedeniyle destekten yoksunluk tazminatına hak verdirecek nitelikte olduğu yönündedir. Nitekim Danıştay; davacıların müşterek çocuğu olan ...'in davalı Üniversiteye ait Tıp Fakültesinde yapılan bademcik ameliyatı sırasında yanlış serum verilmesi sonucu ölümü nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; "...olayda ağır hizmet kusuru nedeniyle davacıların uğradığı zararın idarece tazmini gerektiği gerekçesiyle, gerçek zararın saptanması amacıyla yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda davacı için ... lira; anne için ... lira olarak belirlenen destekten yoksun kalma tazminatı ile ameliyat ve hasta girişi için ödenen ... lira maddi kaybın görevsiz yargı yerine dava açma tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte..."⁵⁰⁰ ödenmesine karar vermiştir. Yine Danıştay bir kararında; "...Askerde iken idarenin hizmet kusuru nedeniyle ölen erin anne ve babanın hayatlarındaki büyük bir desteklerinden mahrum kalmaları ile... maddi tazminata"⁵⁰¹ hükmetmiştir. AYİM; "...Türk örf ve adetine göre, bakım gücü çok ya da az olsun, her erkek evladın ana-babasına bakması, onlara yardım etmesi bir yükümlülük ve vicdani sorumluluk..."⁵⁰² olduğunu belirtmiştir. Yine AYİM bir başka kararında da; "...Türk örf ve ananeleri, aile ve toplum yapısı itibariyle, yetişkin her erkek evladın, belirli oranlarda anne ve babasına yardım edeceği bilinen bir gerçek olduğu gibi; mahkememizin yerleşmiş içtihatlarında da bu hususun ayrıca ispat edilmesi şartı aranmamaktadır. Anne ve babanın evlat desteğine muhtaç bulunduğu kabulü için anne ve

⁴⁹⁹ Karahasan, a.g.e., s. 291.

⁵⁰⁰ D.10.D. 13.11.1996 tarih ve E.1996/1091, K.1996/7530 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 16 Ocak 2010.

⁵⁰¹ D.12.D., 22.02.1967 tarih ve E.1966/2495, K.1967/260, Esin, a.g.e., s. 479.

⁵⁰² AYİM. 3. Daire, 10.05.1979 tarih ve E.1979/35, K.1979/237 sayılı kararı, (Özgüldür, a.g.e., s. 339).

babanın mutlaka işsiz güçsüz ve fakru zaruret içinde bulunmaları da şart değildir. Çalışan, ancak ailesini geçindirebilecek derecede geliri olan bir babaya da her zaman yetişkin erkek evlat yardımda ve destekte bulunabilir...”⁵⁰³ demiştir.

2) Çocukların Anne ve Babalarının Ölümü Nedeniyle Destekten Yoksun Kalmaları

Medeni Kanunun 185. maddesinde evlenmeyle eşler arasında evlilik birliğinin kurulmuş olacağı, eşlerin, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlü oldukları hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere ana-babanın çocuklarına reşit oluncaya kadar bakma yükümlülüğü yasa hükmüne dayanmaktadır.⁵⁰⁴ Burada henüz reşit olmamış çocuklar için anne ve baba zorunlu destek durumundadır. Anne ve babanın ölümü ile birlikte çocuklar en önemli desteğini yitirmiş olurlar. Kural olarak anne ve babanın bakım yükümlülüğü çocuk reşit oluncaya kadar olmakla birlikte, yargı organı, çocuğun sakat veya sürekli hasta olması, akıl hastalığı, öğrencilik halinin devamı, kız çocuğun 18 yaşını geçtiği halde evlenmemiş olması gibi bazı özel durumları göz önüne alarak bu yaştan sonrası için de destekten yoksunluk tazminatına hükmedebilir. Öte yandan, Medeni Kanun gereği var olan nafaka yükümlülüğü karşısında, yoksulluk içinde bulunan çocuklar yönünden yaş kaydı aranmaması yerinde olacaktır.⁵⁰⁵ Diğer yandan çocuğun evlatlık alınmasının, nesebinin sahih ya da gayri sahih olmasının hiçbir önemi yoktur.⁵⁰⁶ Bu durum babanın ölümü durumunda ortaya çıkmaktadır. Evlilik dışı çocuğuna sağlığında gerçek bir destek olan, özellikle onunla aynı çatı altında yaşayan babanın ölümü, çocuk yönünden destekten yoksunluk tazminatına hak verecek niteliktedir. Yine, baba veya onun ölümünden

⁵⁰³ AYİM. 2. Daire, 12.10.1988 tarih ve E.19877237, K.1988/219 sayılı kararı, (Özgüldür, a.g.e., s. 424).

⁵⁰⁴ Karahasan, a.g.e., s.255; Esin, a.g.e., s. 443.

⁵⁰⁵ Esin, a.g.e., s. 444.

⁵⁰⁶ Gürsoy, a.g.m., 1972, s. 149.

sonra büyükbaba tarafından tanınan çocuğa da evlilik için çocuk gibi destekten yoksunluk tazminatı verilmesi gerekir.⁵⁰⁷

Örneğin bir Danıştay kararında; davacıların annesi H.U.'nun umuma ait çeşmeden su almakta iken, şehre su veren davalı idareye ait su borularının tamir ve montajında kullanılan karpit kazanının çalışma sırasında patlaması sonucu, kaza parçalarından birinin kafasına çarpması sonucu vefat ettiği, bahis konusu olayda idarenin hizmet kusuru bulunduğu; davacıların babalarının daha önce ölümü sebebiyle infak, iâşe, ibate ve yarım kalmış olan tahsillerinin devamı bakımından kendilerinin tek destek ve yardımcıları olan annelerinin ölümü sebebiyle maruz kaldıkları maddi zarar ve duydukları manevi ızdırabın kısmen de olsa telafisi için yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu toplam 57.863 lira tazminat ödenmesine karar verilmiştir.⁵⁰⁸

Yine bir Danıştay kararında; davacıların murisi olan köy muhtarının teröristlerce öldürülmesi olayında idarenin hizmet kusuru ve tazmin nedeni bulunduğu bahisle davacıların miras bırakanının teröristler tarafından öldürülmesi sonucu davacıların destekten yoksun kalmaları suretiyle uğradıkları maddi ve olay nedeniyle duydukları elem ve ızdırab nedeniyle uğranılan manevi zararın tazminine karar verilmiştir.⁵⁰⁹

3) Eşin Ölümü Nedeniyle Destekten Yoksun Kalınması

Medeni Kanunun 186. maddesinin 3. fıkrasında; eşlerin evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılacakları hükmüne yer verilmiştir. Buna göre evlilik birliğinin devamı süresince karı ve kocanın birbirlerine bakma ve evlilik birliğine destek olma yükümlülükleri vardır. Genel

⁵⁰⁷ Esin, a.g.e., s. 445.

⁵⁰⁸ D.12.D., 21.12.1968 tarih ve E.1967/2755, K.1968/2303, Esin, a.g.e., s. 115-116.

⁵⁰⁹ D.10.D., 08.04.1992 tarih ve E.1990/1683, K.1992/1311 sayılı kararı, D.D., Y.23, S.86, 1993, s. 577-579.

olarak hayatın olağan akışı içerisinde karısı ve çocuklarının geçimini sağlayan koca, kadın için bir destektir. Bu durumda kocası ölen kadının destekten yoksun kalacağını kabul etmek gerekir. Aynı şekilde kadın da gerek ailenin geçimine yaptığı yardımlar, gerekse gördüğü ev hizmetleri bakımından evlilik birliğine destektir. Yalnızca ev işlerini yaparak ya da çocuklara bakarak kadın kocasının desteği sayılır. Örneğin karının ücretsiz olarak kocanın işinde çalışması, ev masraflarının bir kısmını yüklenmesi ve hatta ev işlerini kendisi görerek kocasını hizmetçi masrafından kurtarması, sağladığı fayda ile kocasına destek sayılır.⁵¹⁰ Nitekim Medeni Kanun uyarınca, eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılıksız çalışması, evlilik birliğine olan katkı miktarının belirlenmesinde dikkate alınacaktır.⁵¹¹

Danıştay kararlarının da bu yönde olduğu görülmektedir: Bölücü terör örgütüne mensup teröristlerle güvenlik görevlileri arasında çıkan çatışma sırasında, ev hanımı olan eşi vefat eden davacı tarafından uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada Danıştay tarafından “...çalışmayan, ev hanımı olan kişinin, eve maddi katkısının bulunmadığını kabul etmek mümkün değildir. Bu gibi hallerde en azından, ölen şahsın, ölüm olayından önce evde gerçekleştirildiği hizmetin üçüncü bir kişi tarafından yapılması halinde ödenecek meblağ kadar katkısı olduğunun kabulü gerekmektedir. Her ne kadar, bu katkının somut olarak davacı tarafından ispatı mümkün değilse de, işin uzmanı olan bilirkişilere zararın hesaplatılması ve bu hesap yapılırken asgari ücretin brüt tutarının esas alınması ”⁵¹² gerektiği hususu vurgulanmıştır. Yine Danıştay bir kararında; sağlığında kocasına ait kasap dükkânında çalışan ve bu yoldan ona maddi destek sağlayan bir kadının ölümü nedeniyle koca yararına destekten yoksun kalma

⁵¹⁰ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 566.

⁵¹¹ Türk Medeni Kanunun 196. maddesinin 2. fıkrasında; “...Eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılıksız çalışması, katkı miktarının belirlenmesinde dikkate alınır. ...” hükmü yer almaktadır.

⁵¹² D.10.D. 29.1.2007 tarih ve E.2004/7285, K.2007/212 sayılı kararı, D.D. Y..37, S.115, 2007, s. 334.

tazminatına hükmetmiştir.⁵¹³ Danıştay bir başka kararında ise karısı ölen kocaya maddi tazminat verilirken böyle bir şartın varlığını, yani karının kocanın işinde çalışmakta olması şartını aramamıştır.⁵¹⁴

Ancak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Milli Savunma Bakanlığı'nda görevli sivil memureye askeri araç çarparak ölümüne sebebiyet vermesi üzerine açılan davada, desteğin (ölenin) kadın olması halinde; davacı koca ve oğlunun karının desteğinde olduklarını kanıtlamadıkça, destekten yoksunluk tazminatı verilemeyeceğine hükmetmiştir. Söz konusu kararın muhalefet şerhinde ise; karı ve kocanın birbirlerine karşı aile birliğinin mutluluğunu korumak, çocukların yedirme, giydirme, eğitim öğretim ve terbiyesine beraberce özen göstermek zorunda oldukları, kadının yükümlülüğünün daha ziyade evin temizliği, ütüsü, mutfak işleri, çocukların bakımı, tahsil ve terbiyesinde olduğu, karı ve kocanın birbirinin doğrudan doğruya fiili ve gerçek desteği olduğu, birinin diğerine destek olup olmadığının araştırılmasına ve bunun ispatına ihtiyaç bulunmadığı, bu nedenle davacılara muhik ve hakkaniyete uygun bir tazminat verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵¹⁵

Burada vurgulanması gereken diğer bir husus ise; bakma yükümünün boşanma ile ortadan kalkacağıdır. Bununla beraber, Medeni Kanun gereğince hakim boşanma sonunda yoksulluğa düşecek olan eş lehine yoksulluk nafakası hükmetmiş ise yardımın devam edeceği süre içinde boşanmaya rağmen eş destek olmaya devam eder.⁵¹⁶

⁵¹³ D.12.D., 15.12.1970 tarih ve E.1969/2521, K.1970/2316 sayılı kararı, Esin, a.g.e., s. 115.

⁵¹⁴ D.12.D., 30.5.1970 tarih ve E.1968/232, K.1970/1183 sayılı kararı, Esin, a.g.e., s. 445.

⁵¹⁵ AYİM. 3. Daire, 06.07.1976 tarih ve E.1975/665, K.1976/3885 sayılı kararı, Özgüldür, a.g.e., s. 339-340.

⁵¹⁶ Türk Medeni Kanunun "Yoksulluk Nafakası" Başlıklı 175. maddesinde; "Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz." hükmü yer almaktadır.

4) Kardeşin Ölümü Nedeniyle Destekten Yoksun Kalınması

Kural olarak kardeşlerin birbirlerine yardım etme yükümlülükleri bulunmamaktadır. Nitekim Medeni Kanun kardeşler arasındaki nafaka yükümlülüğünü refah içinde bulunmaları şartına bağlamıştır.⁵¹⁷ Bununla birlikte ölen kardeş sağlığında kardeşine fiilen yardım etmekte ve ona bakmakta idiyse, kardeş içinde destekten yoksunluk tazminatına hükmedilebilir.⁵¹⁸ Fiilen yardım birlikte yaşama ya da belli bir fayda sağlama şeklinde gerçekleşebilir.

Nitekim Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında, kardeşlerin destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmesi için ölen kişinin “hali refah” içinde bulunması ve ölmeden önce kardeşine düzenli ve devamlı bir şekilde yardım ettiğinin kanıtlanması gerektiği vurgulanmaktadır.

Örneğin Danıştay Onuncu Dairesinin kararına konu teşkil eden olayda kardeşinin ölümünden dolayı ablası destekten yoksun kalma tazminatı istemiş, Danıştay Onuncu Dairesi bu istemi, ölen kişinin ölmeden önce aylık 27.000 lira karşılığında bir iş yaptığı, ablanın ise 30.000 liralık maaşı ve aylık 10.000 liralık bir başka geliri bulunduğunu saptadıktan sonra destekten yoksun kalma tazminatı istemini reddetmiş ve şöyle demiştir: “...Davacı ve ölen kardeşinin birlikte yaşamları süresince ölenin kendi masraflarından ayrı olarak davacıya bir desteğinin bulunmadığı, ölenin davacıya bakmakla yükümlü olmadığı gibi asıl itibariyle davacının maddi desteği ile yaşamını sürdürdüğü sonucuna ulaşılmıştır.”⁵¹⁹

Bir başka Danıştay kararında ise; “...Ölüm olayı nedeniyle kardeşe destekten yoksun kalma tazminatı verilebilmesi için, Medeni Kanununun

⁵¹⁷ Türk Medeni Kanunun “Nafaka Yükümlülükleri” Başlıklı 364. maddesinin 2. fıkrasında; “...Kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, refah içinde bulunmalarına bağlıdır. ...” hükmü yer almaktadır.

⁵¹⁸ Esin, a.g.e., s. 444.

⁵¹⁹ D.10.D., 06.12.1993 tarih ve E. 1992/4392, K. 1993/4999, sayılı kararı, (Gözler, a.g.e., C. II, s. 1203).

nafaka hükümlerine göre ölenin kardeşine yardım edebileceğinin, yaşasaydı hali refahta olacağının kabulü gerekmektedir. Olayda ölen kişi ise, yakılan otelde asgari ücretle çalışmakta olup; ileride hali refahta olacağını ve kardeşine yardım edebileceğini kabul etmeye olanak görülmemektedir”⁵²⁰ denilmiştir.

Yine Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kardeşlere desteklik konusunda şu ölçütü getirmektedir, “...Kural olarak nafaka yükümlülüğü olmayan kardeşe bakım ödevi yoktur. Ölen kardeşin kazançlı ve bolluk içinde bulunması, devamlı ve düzenli şekilde kardeşlerine yardım ettiğinin kanıtlanması ya da ölüm vukua gelmeseydi, yaşamın ve olayların normal akışı içinde gelecekte destek olma ilişkisinin beklenebilir olması halinde, kardeşlerin destekten yoksunluk tazminatı istemeleri mümkündür...”⁵²¹.

5) Nişanlının Ölümü Nedeniyle Destekten Yoksun Kalınması

Birbirleri ile evlenmeye karar vermiş olan nişanlılardan birinin idarenin kusurlu ya da kusursuz sorumluluğunu gerektiren bir nedenden dolayı ölümü, sağ kalan nişanlının destekten yoksun kalmasına yol açabilir. Destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilebilmesi için nişanlılardan birinin, ötekine eylemli ve düzenli olarak yardım etmiş olması gerekmektedir. Ancak fiili ve düzenli olarak yardım yapılmayan durumlarda ise, olayın özelliğine göre nişanlanmanın evlenme ile sonuçlanacağına ciddi sebepler varsa, nişanlı, giderim talebinde haklı görülebilir.⁵²² Yani maddi tazminat isteyen nişanlının, halen veya ileride ölen kimsenin kendisine yardım edebileceğini ve onun yardımına muhtaç bulunduğunu veya onun kendisine destek olacağını ispat

⁵²⁰ D.10.D., 06.12.1997 tarih ve E.1996/424, K. 1997/278, sayılı kararı, (Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e, s. 962); Aynı yönde AYİM. 2. Daire, 26.05.1999 tarih ve E.1999/143, K.1999/363 sayılı kararı, (Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 730).

⁵²¹ AYİM. 3. Daire, 20.10.1977 tarih ve E.1977/8705, K.1977/11576 sayılı kararı, (Özgüldür, a.g.e., s. 341).

⁵²² Karahasan, a.g.e., s. 296

etmesi gerekmektedir.⁵²³ Diğer yandan, nişanlı kıza hükmedilecek tazminatın dul kadına hükmedilecek tazminattan az olması gerekir. Çünkü, ne de olsa evliliğin gerçekleşmesi ihtimale bağlıdır. Onun gibi, nişanlısını yitiren kızın evlenme şansı dul bayana göre daha çoktur. Tazminatın hesabında bu etkenlerin göz önünde tutulması zorunludur.⁵²⁴

6) Nikahsız Birliktelik

Resmi bir evlilik münasebeti mevcut olmadığı halde karı koca gibi bir arada yaşama durumunda, kadının ya da erkeğin başkası ile evli olmaması şartıyla, yardımda bulunanın diğerinin desteği sayılması gerektiği genellikle kabul edilmektedir. Ayrıca bu birlikte yaşamada ahlaka aykırı bir nitelik görülmemelidir. Basit metres hayatı yaşayanlarda yapılan yardımın birlikte yaşamanın karşılığı olduğu ve destek durumunun bulunmadığı kabul olunmalıdır.⁵²⁵

Ülkemizde imam nikahı adı altında görülen fiili birleşmelerin ise ayrıca ele alınması gerekmektedir. İmam nikahı ile evlenmenin ülkemizde yaygın bir töre olduğu bilinmektedir. Bu gerçeği göz önünde tutan Danıştay, aralarında kanuni evlilik ilişkisi olmamakla birlikte, dini nikahla fiilen karı koca gibi yaşayan kimseleri birbirinin desteği saymakta ve özellikle bunlardan kocanın ölümü halinde karı lehine destekten yoksunluk tazminatına hükmetmektedir.⁵²⁶ Ayrıca bu tür birliktelikler gayri ahlaki görülmediği gibi üstelik bu tür birleşmelerin sık sık kanun yoluyla meşrulaştırıldığı, doğan çocukların neseplerinin düzeltilmesi yoluna gidildiği görüldüğünden, imam nikâhı ile karı-koca gibi birlikte yaşama hallerinde ölüm halinde ölenin desteğinden yoksun kalan diğer tarafın tazminat isteme hakkının olduğunun

⁵²³ Tuğsavul, a.g.m., s. 856.

⁵²⁴ Esin, a.g.e., s. 445.

⁵²⁵ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.565; Tekinay, v.d., a.g.e., s. 627-628.

⁵²⁶ Esin, a.g.e., s. 445.

kabul edilmesi gerekmektedir.⁵²⁷ Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi uygulamasının da bu yönde olduğu görülmektedir.

Örneğin; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 17 Ekim 1997 tarih ve E.1995/79, K.1997/479 sayılı kararında şöyle demiştir; “...Ölen kişinin resmi nikahlı eşinin bulunmadığı, davacıyla dini nikaha dayalı beraberliği ve nüfusta üzerine kayıtlı dört çocuğunun olduğu, davacının vefat edenle bir arada ve ortak çocuklarıyla aile yaşamı içinde ölenin desteğinden faydalanarak yaşamlarını sürdürdükleri anlaşılmış olup; aksi yönde herhangi bir iddianın da dosyada bulunmadığı görülmüştür. Davacı ile vefat edenin birlikte yaşamalarını, hukuken geçerli ya da hukuken korunması gerekli bir evlilik olarak kabul etmek mümkün olmamakla beraber, müşterek çocukları olan, çocukları nüfusta üzerlerine kayıtlı bulunan ve müşterek geçimleri ölen tarafından sağlanan bu birliktelikte, vefat edenin ölümü nedeniyle duyulan elem ve üzüntü ile destekten yoksun kalmanın giderilmesini teminen bilirkişi incelemesi ile tespit edilen maddi ve takdir edilen manevi zararın tazminine hükmedilerek davayı kısmen kabul kısmen retle sonuçlandıran mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmamıştır.”⁵²⁸

Yine bir başka Danıştay kararında; “...Her ne kadar ...’in ölen kişi ile arasında nikah akdi bulunmamakta ise de bu iki kişinin uzun süre karı-koca gibi birlikte yaşamaları sonucunda üç çocuklarının bulunduğu, bunların bakım ve gözetimlerinin ölen kişi tarafından yapıldığı anlaşıldığından, davacının ölen kişinin desteğinden yoksun kaldığı ve zarara uğradığı açıktır...”⁵²⁹ denilmiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bir kararında; Medeni Kanun gereği evlilik bağı kurulmamış olsa bile karı koca diye birleşen, bu amaç ve duygu

⁵²⁷ Gürsoy, a.g.m., 1972, s. 152.

⁵²⁸ DİDDGK, 17.10.1997 tarih ve E. 1995/79, K. 1997/479, sayılı kararı, (Gözler, a.g.e., C. II, s. 1203); Aynı yönde D.10.D., 10.02.1998 tarih ve E. ?/5484, K. 1998/594, sayılı kararı, Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s.232-233; D.10.D., 21.10.1997 tarih ve E.1997/5965, K. Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 234.

⁵²⁹ D.8.D., 24.12.1984 tarih ve E.1982/1857, K.1984/1618 sayılı kararı, D.D., S.58-59, s. 303.

ile yaşamlarını sürdüren kadın için, bakım edimini yerine getiren erkek destek sayılmalıdır demiştir.⁵³⁰ AYİM başka bir kararında; Teröristlerle girişilen silahlı çatışmada vurularak şehit düşen erin yakınlarının uğradığı zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca karşılanması gerekli olup; müteveffanın imam nikahlı eşinin maddi tazminata müstehak olduğu AYİM'in yerleşik uygulaması olduğunu belirtmiştir.⁵³¹ Yine AYİM bir kararında; resmi nikah bulunmaksızın müteveffa er ile iki yıl birlikte olan ve beraberliklerinden bir çocuk dünyaya getiren kadının, destekten yoksun kaldığının ve maddi zarara uğradığının kabulü gerekir demiştir.⁵³²

Yargıtay da bu görüşü benimsemektedir. Nitekim bir kararında; evli olan desteğin, karısı dışında bir başka kadınla birlikte olması ve bu kadından çocuk sahibi olması yine eylemli destek kabul edilerek, desteğin gayrimeşru karısı ve çocuğunun da destekten yoksun kalma tazminatı talep edebileceklerini kabul etmiştir.⁵³³

7) Diğer Kişiler

Uygulamada; ölen kişinin anası, babası, eşi ve çocuklarının,⁵³⁴ yine ölen kişinin sağlığında kendisine destek verdiği, nişanlısı, imam nikahlı eşinin de destekten yoksun kalma tazminatını talep edebileceği kabul edilmektedir.⁵³⁵ Ancak insanların birbirine yardımcı olması için yukarıda sayılan ilişkilerden birinin bulunması şart değildir. Sırf insanca düşüncelerle bir kimsenin diğer kimselere yardım edebileceğini kabul etmek gerekir. Dolayısıyla böyle bir desteğini kaybeden kişiye destekten yoksunluk tazminatı verilebilmelidir. Bir kimsenin başkalarının desteği sayılabilmesi için yalnızca fiili bir bakma, geçindirme ilişkisinin varlığı yeterli olmakta, ayrıca

⁵³⁰ AYİM. 2. Daire, 11.03.1998 tarih ve E.1998/354, K.1998/158 sayılı kararı, Atay, a.g.e., s. 692.

⁵³¹ AYİM. 2. Daire, 29.5.1996 tarih ve E.1996/13, K.1996/476 sayılı kararı, Atay, a.g.e., s. 692.

⁵³² AYİM. 2. Daire, 01.10.2002 tarih ve E.2000/574, k.2002/133 sayılı kararı, Atay, a.g.e., s. 692-693.

⁵³³ Yrg.4.HD., 16.9.1980 tarih ve E.1980/7095, K.1980/9564 sayılı kararı, Özgüldür, a.g.e., s. 425.

⁵³⁴ Armağan, a.g.e., s. 224.

⁵³⁵ Celal Karavelioğlu, İdari Yargılama Usul Kanunu, Karavelioğlu Basın, Yayın, Dağıtım, 6. Baskı, 2006, s. 320.

destekle baktığı şahsın, aynı ailenin fertleri, kan hısmı veya birinin diğerinin mirasçısı olması şartı aranmamaktadır. Ancak bu halde tazminat isteyen kişi, ölen kişinin sağlığında kendisine gerçek bir destek olduğunu ve bu desteği ileride de sürdüreceğinin kesinlikle anlaşıldığını, herhangi bir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanıtlamak zorundadır. Örneğin, bir çocuğun okuma masraflarını karşılamak veya yatalak bir hastanın doktor ve hastabakıcı ücretlerini ödemek bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu taktirde yardımın devamı süresini ispatlamak kaydıyla destekten yoksun kalma tazminatı istenebilir.⁵³⁶

d. Destekten Yoksunluk Şartları

Borçlar Kanunu'nun 45 inci maddesinin 2. fıkrasında “ölüm neticesi diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir.” denilmektedir. Buna göre bir kimsenin ölüm nedeniyle destekten yoksun kaldığının kabulü için o kimsenin desteğin ölümü nedeniyle yoksul duruma düşmüş olması ya da hiç değilse sosyal ve ekonomik düzeyine uygun olan yaşamın devamını sağlamak için gerekli olanaklardan yoksun kalması gerekmektedir.⁵³⁷ Yani destekten yoksun kalma zararının varlığını kabul edebilmek için ölüm yüzünden davacının hayat seviyesinin düşmüş olması gerekir. Davacının eski hayat seviyesini sürdüremeyecek olması, zararın varlığını kabul etmek için yeterlidir. Ayrıca davacının zaruret içine düşmüş olması mutlak bir unsur değildir.⁵³⁸ Destekten yoksun kalan kişinin devamlı ve gerçek bir ihtiyaç içinde bulunması gerekmektedir. Eğer destekten yoksun kalma tazminatı talep eden kişi, yardımda bulunan kişinin ölümü nedeniyle sahip olduğu yaşama düzeyinin altına düşmüş olursa, talepte bulunan kişi açısından söz konusu tazminat koşullarının oluştuğunun kabulü gerekir.⁵³⁹

⁵³⁶ Esin, a.g.e., s. 445; Güleç Uçakhan, a.g.e., s. 450.

⁵³⁷ Esin, a.g.e., s. 446.

⁵³⁸ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 568.

⁵³⁹ Tekinay, “v.d.”, a.g.e., s. 844; Karahasan, a.g.e., s. 265-266.

Bunun yanında “bakma” destek olmanın en önemli şartını teşkil etmektedir. Bakma başka birinin geçimini tamamen ya da kısmen temin etmektir.⁵⁴⁰ Yukarıda da belirtildiği gibi, destekten yoksun kalma tazminatının esasını oluşturan bakma; para verme tarzında ya da yiyecek, elbise ve mesken sağlayarak; okuma masraflarını karşılayarak veya yatalak bir hastanın doktor ve hastabakıcı ücretlerini ödemek suretiyle bir fayda sağlama tarzında da olabileceği gibi, bir hizmeti görme şeklinde de gerçekleşebilir. Yapılan yardımın, yardım gören kimsenin geçimini sağlayıcı ya da geçimine katkıda bulunucu yardım niteliğinde bulunması gerekmektedir. Bu tarzda olmayan mesela, ilmi araştırmasına katkıda bulunma tarzındaki yardımların destek olma kavramına girmeyeceği kabul edilmektedir.⁵⁴¹ Bir kimseye bakmak onun normal yaşam ihtiyaçlarını devamlılık ve düzenlilik unsurları içerisinde karşılamaktır. Buna göre destekten yoksun kalmada, fiili ve düzenli olarak yardım etme ayrı bir önem arz etmektedir. Bu unsurlar, özellikle ölenin kendilerine karşı kanuni bakım mükellefiyeti altında bulunmadığı kimseler için önemlidir. Ayrıca ölüm anında süregelen bir yardımın ileride de devam edeceği hususunun kuvvetle beklenir olması gerekir.⁵⁴² Yardımın sürekli ve düzenli yapılması için mutlaka belirli aralıklarla yapılması şart değildir. Ancak düzenlilik arz etmeyen hediye verme, geçici yardımda bulunma gibi yapanın keyfine göre gelişigüzel zamanlarda sağlanan yardımlar, destek olma durumunu ortaya çıkarmaz.⁵⁴³ Zira keyfi olarak ve ne zaman yapılacağı belli olmayan bir yardımda destek olma unsuru bulunmamaktadır. Bunun gibi düzenli bir şekilde yapılmış olmakla birlikte belirli bir zaman diliminde mesela 7-8 aylık bir zaman sürecinde yapılmış olan yardımlar da devamlılık unsurunu taşımadığı için destekten yoksun kalma tazminatına esas alınamazlar.

⁵⁴⁰ Akyılmaz, a.g.m., s. 189.

⁵⁴¹ Esin, a.g.e., s. 443; Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 565.

⁵⁴² GüleçUçakhan, a.g.e., s. 442.

⁵⁴³ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 565; Tekinay, v.d., a.g.e., s. 834-835.

Burada değinilmesi gereken diğerk bir önemli husus ise; bakmanın, destekte bulunulan kimseye salt yardım ve, onun normal yaşam ihtiyaçlarını karşılama amacı taşımasıdır. Eğer yardım bunun için yapılmıyor da, herhangi bir maddi menfaat karşılığı yapılıyor ya da ahlaka aykırı bir maksatla yapılıyorsa bakma şartı gerçekleşmiş olmayacaktır. Sırf maddi menfaat karşılığı ahlaka aykırı olarak cinsel ilişkiye razı olan kişi destekten yoksun kalma tazminatı isteyemez.⁵⁴⁴

Yine destekten yoksun kalma tazminatının belirlenmesinde, yapılan yardımların esasını teşkil eden bakım gücü, gayrimeşru kaynaklardan sağlanmamış olmalıdır. Kanuna aykırı şekilde elde edilecek gelirlerin devam etmeyeceğinin dikkate alınması gerekir.⁵⁴⁵ Örneğın yapılan yardımlar, döviz kaçakçılığı, uyuşturucu madde satışı, beyaz kadın ticareti gibi hem hukuka hem de ahlaka aykırı yollardan elde edilen bir gelire dayalı olarak yapılıyorsa, mahkemenin bu yardımlar nedeniyle destekten yoksunluk şeklinde oluşan tazminata hükmetmemesi gerekir. Zira aksi halde hukukun men ettiğı gayrimeşru kazancın mahkemenin hükmüyle kabul edilmesi durumu ortaya çıkar ki bu durum kabul edilemez. Öte yandan zarar görene tanınan tazminat ona hukuk düzenine göre elde edemeyeceğı çıkarları kazandırmayacağı da tabiidir. Bu halde desteğın yardım gücünü onun muhtemel veya farazi meşru kazançlarına göre takdiren tayin etmek uygun olur.⁵⁴⁶

e. Destekten Yoksunluk Zararının Belirlenmesi

Ölüm nedeniyle davacının hayat seviyesinin düştüğü belirlendikten sonra, destekten yoksun kalma zararının kapsamının belirlenmesi ayrıca önem taşımaktadır. Yukarıda da ifade edildiğı üzere, destekten yoksun kalma tazminatının amacı, desteğini yitiren kimsenin, ölümün meydana gelmesinden önce içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşama düzeyinin

⁵⁴⁴ GüleçUçakhan, a.g.e., s. 442.

⁵⁴⁵ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 568-569.

⁵⁴⁶ Tekinay, v.d., a.g.e., s. 844; Karahasan, a.g.e., s. 265-266.

devamını sağlayacak yardımın karşılığı olan paranın, bir başka ifade ile bakım giderinin ödettirilmesidir.⁵⁴⁷ Buna göre zararın kapsamını desteğin sağlayacağı yardımların toplamı oluşturmaktadır. Ancak asıl amaç, nihai olarak destek ihtiyacının devam edip etmediği hususunun araştırılmasıdır.⁵⁴⁸

Destekten yoksunluk zararının tespitinin matematiksel bir kesinlikle yapılması imkan dahilinde değildir. Çoğu kez yardım, belli bir paranın ödenmesi biçiminde değil, çeşitli ihtiyaçların karşılanması biçiminde ya da bir hizmetin görülmesi biçiminde yapıldığı için, zarar tutarını saptamak, güç bir iştir. Ayrıca, zarar kapsamını şimdiden belli etmek, geniş ölçü de geleceğe ilişkin koşulların da tahminini ve ölçülmesini gerektirir. Nitekim Danıştay kararlarında da destekten yoksunluk zararının, ölüm olayı olmasaydı desteğin yapacağı varsayılan yardım tutarının, geleceğe yönelik olarak belirlenmek suretiyle hesaplanması olduğu vurgulanmıştır.⁵⁴⁹ Bu durum fiili karinelere, halin özelliklerine, ölenle davacı arasındaki münasebetlere dayalı bir tespit olacaktır. Burada ölenin maddi durumu yani gelir kaynakları, ölen kişi ile tazminat isteyen kişi arasındaki yakınlık derecesi, hayatta kalan eşin ya da nişanlı kızın evlenme şansı, ölenin ya da tazminat isteyeninin birlikte kusuru, zarar görenin ya da ölenin sosyal durumu ve yaşama şartları, ekonomik durumu, destekten yoksun kalana ölenin sağladığı ya da sağlayacağı yardımlar, bakım gücü, bakım ihtiyacı, bunların muhtemel devam süreleri, ölümden sonra davacının mali durumunda meydana gelecek olan değişimler, zarar tutarında yapılması gereken indirimler dikkate alınacaktır.⁵⁵⁰

İdari yargıda açılan, ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma davalarında da, zarar miktarının belirlenmesinde geniş ölçüde başvuru

⁵⁴⁷ YHGK, 21.04.1982 tarih ve E.1974/1528, K. 1982/412, sayılı kararı, Karahasan, a.g.e., s. 259-261; Aynı yönde D.10.D. 18.4.2006 tarih ve E.2003/3779, K.2006/2510 sayılı kararı; AYİM. 2. Daire, 03.06.1987 tarih ve .1986/113, K,1987,80 sayılı kararı, AYİM Dergisi, S.17, Kitap 2, s. 919.

⁵⁴⁸ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 567.

⁵⁴⁹ D.10.D. 18.4.2006 tarih ve E.2003/3779, K.2006/2510 sayılı kararı.

⁵⁵⁰ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 310; Esin, a.g.e., Esas, s.446-447; Akyılmaz, a.g.m., s. 189; Tekinay, v.d., a.g.e., s. 636-637.

hesaplama yöntemi bilirkişi incelemesidir. Bilirkişi incelemesi yaptırılmadan önce resen araştırma ilkesi gereğince, tazminatın hesaplanmasında esas alınan olgular Mahkemece tespit olunmakta ve bilirkişiye tazminatın hesabında dikkate alınacak unsurlar belirtilerek bu çerçevede bir hesaplama yapılması istenilmektedir. Nitekim Yargıtay ve AİYM kararlarında da maddi tazminatın hesaplanmasında ilke ve kriterler önceden hakim tarafından belirlenerek, bilirkişiye ne şekilde hesaplama yapılacağı hususu direktif olarak verilmektedir.⁵⁵¹ Genel olarak Danıştay, bilirkişi raporlarını önce tartışmakta ve gerek görürse, hüküm verirken dikkate almamaktadır.⁵⁵² Nitekim Danıştay bir kararında; “Dairemizin 14.3.1967 tarihli ara kararı uyarınca yaptırılan bilirkişi raporunda, müteveffa T.G’nin, annesi olan davacıya her ay 600 lira maddi yardımda bulunabileceği nazara alınarak cem’an 69,022 liralık maddi tazminat hesap edilmiş ise de; müteveffanın mesleği ve içtimai durumu itibariyle aylığından 600 lirayı muntazaman annesine ayırabilmesi mümkün görülmediğinden raporda belirtilen miktara itibar edilmeksizin takdiren ve maktuan 40.000 lira maddi ve 10.000 lira da manevi olmak üzere cem’an 50.000 lira tazminatın” ödenmesine hükmetmiştir.⁵⁵³

Destekten yoksunlukta tazmini gereken zararı, desteğin yapacağı yardımların toplamı oluşturduğundan, desteğin gelirinin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Zira desteğin sağlayacağı yardım miktarı, desteğin geliri ile doğrudan ilintilidir. Bu yolla desteğin, yardımın devam edeceği düşünülen sürede elde edeceği kazanç ortaya konularak, yardımın miktarı doğru olarak tespit edilebilecektir. Bu hususta öncelikle fiili desteğin ölüm tarihindeki, farazi desteğin ise ileride gelir elde etmeye başlayacağı tarihteki muhtemel geliri dikkate alınacaktır. Burada fiili desteğin gelirini saptamak farazi desteğe göre daha kolaylık arz etmektedir. Zira fiili destekte, desteğin kazanç türüne göre, yani ücretli ya da serbest meslek sahibi olmasına göre geliri somut verilere

⁵⁵¹ Özgüldür, a.g.e., s. 440.

⁵⁵² Güran, a.g.m., s. 162.

⁵⁵³ D.12.D.’sinin 16.10.1967 tarih ve E.1965/4111, K.1967/1591 sayılı kararı, Esin, a.g.e., s. 170.

dayanarak kolayca tespit edilebilmektedir. Farazi destekte ise geleceğe yönelik olarak tahminlere, varsayımlara dayalı bir tespit yoluna gidilmektedir. Desteğin geliri konusunda üzerinde durulması gereken diğer önemli bir husus ise desteğin gelirini miktar olarak belirlemede alışılmış (mutad) kazançlar göz önünde tutulur. Hukuka aykırı şekilde elde edilecek gelirler burada dikkate alınmayacaktır.⁵⁵⁴ Ayrıca tespit edilen gelirin net gelir olması gerekmektedir olup, bakım gücü bu net gelire dayalı olarak tespit edilecektir.⁵⁵⁵ Net gelirin bulunabilmesi için ise brüt gelirden; bu gelirin elde edilebilmesi için yapılması zorunlu giderler, harcamalar, desteğin ödemekle yükümlü olduğu her çeşit vergiler, resim ve harçlar, ödediği ya da ödemesi gereken nafaka ve yardımlar düşülür.⁵⁵⁶ Bunun yanında desteğin ölümünden dolayı istenilen destekten yoksunluk zararının tespitinde, hesap tarihine kadar desteğin gelirinde meydana gelen artışlar da zarara yansıtılması gerekecektir.⁵⁵⁷

Varlığı kabul edilen zararın miktarının tespitinde, destekte bulunan kişinin ne ölçüde yardımda bulunduğu ve yaşamaya devam etseydi davacıya ne miktarda ve hangi sürede yardımı sağlayacağını belirlenmesi gerekir.⁵⁵⁸ Yardım tutarını saptamak için her çeşit kanıttan yararlanılabilir. Gerçek desteğin yaptığı yardımın saptanılmasında pek güçlük yoktur. Burada dayanarak ve ilerideki gelişmeler ve değişiklikler de göz önünde tutulup bir sonuca ulaşılabilir. Ancak farazi desteğin ileride yapması beklenen yardım tutarını saptamak oldukça zordur. Eğer yardım tutarı yeter kanıtlarla ortaya çıkmamış ise, ya da yardımın geleceğe uzanan bir varsayıma dayandığı bütün durumlarda desteğin gelirine, yardım ya da fedakârlık duygusuna, bakılanın yaşına ve cinsiyetine, ihtiyaçlarına, sürmekte olduğu sosyal ve ekonomik yaşam tarzına, duygusal ve yasal yakınlık derecesine bakılarak yardım tutarı belli edilmelidir. Bu konuda şöyle de denebilir: Kuramsal (nazari) olarak desteğinkine benzeyen bir durumda bulunan pek çok sayıdaki

⁵⁵⁴ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 568; Karahasan, a.g.e., s. 271-272.

⁵⁵⁵ GüleçUçakhan, a.g.e., s. 462.

⁵⁵⁶ Karahasan, a.g.e., s. 273.

⁵⁵⁷ D.10.D. 18.4.2006 tarih ve E.2003/3779, K.2006/2510 sayılı kararı.

⁵⁵⁸ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 568.

kişilerin, desteğini yitireninkine benzer bir durumda olan kişilerin geçimi için yapacakları gelecekteki edimlerin ortalama mali değeri, destekten yoksunluk zararı diye kabul edilir.⁵⁵⁹

Desteğin devam edeceği süre bakımından ise, bir yandan ölenin yardım sağlayacağı süre, diğer yandan da davacının destek ihtiyacının devam edeceği sürenin belirlenmesi gerekecektir. Desteğin devam edeceği süre, ölenin gelirinin devam ettiği süre dikkate alınarak belirlenebileceği gibi, çeşitli unsurlar nedeniyle yardımın kesilmesi bekleniyorsa, bu unsurlar da dikkate alınarak belirlenecektir. Farazi destek durumunda yardım süresinin başlangıcı ise, ölüm tarihi değil, desteğin başlayacağı tahmin edilen tarihtir. Davacının destek ihtiyacının devam edeceği süre en çok onun muhtemel yaşam süresidir. Ayrıca bu sürenin çocuklar bakımından ergin oluncaya kadar, eğitimleri devam ediyorsa eğitim süresi sonuna kadar süreceği kabul edilmektedir.⁵⁶⁰ Ancak bütün bunlardan önce destek ihtiyacından kurtulması bekleniyorsa, o tarihe kadar geçecek süre de dikkate alınır. Örneğin, destekten yoksun kalma tazminatı isteyen çocuğun kazanç elde etmeye başlama tarihi, kadın için tekrar evlenme ya da çalışmaya başlama tarihi böyledir.⁵⁶¹

Burada diğer bir husus ise, destekten yoksun kalanların birden çok kişi olması halinde, davacıya tahsis edilecek olan miktar ya da oranın tespit edilmesi sorunudur. Gerçek yaşamda desteğin kesin bir ölçüsü yoktur. Bu nedenle her yöntem ve her tür hesaplama varsayıma dayalı olacaktır. Varsayımla destek payları belirlenirken, belirlemede destek ile destek olunan kimse arasındaki yakınlığın derecesi, aralarındaki manevi bağ, davacıların yaşları, dahil oldukları sosyal ve ekonomik çevre, yaşam standartları, cinsiyetleri gibi bakım ilişkisine ve miktarına etkili olabilecek unsurlar da göz

⁵⁵⁹ Karahasan, a.g.e., s. 307-308.

⁵⁶⁰ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 310.

⁵⁶¹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 569.

önünde bulundurulacaktır.⁵⁶² Öncelikle, ölenin gelirinden bir bölümünü kendisine ayıracağı ve bu tahsisten vazgeçilemeyeceği düşüncesi karşısında gelirin tamamı, yardım görenlere tahsis olunmuş varsayılmaz. Yine, destek görece kimselere ayrılacak miktar da, bunların ihtiyaçlarının toplamından ibarettir. Ölenin kendi geçim masraflarından artan miktarın tamamının destek görenlere dağıtıldığı da kabul olunamaz. Öte yandan destek payının miras payı aynı ölçülere göre belirlenmemektedir. Zira destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmek için mirasçı olmak şart değildir.⁵⁶³

Destekten yoksunluk halinde zararın varlığı, ölüm olayı sebebiyle destek olunan kişinin hayat seviyesinin değişmesi ile ortaya çıkmaktadır. Bundan dolayı ölüm olayı nedeniyle ya da başka bir sebepten davacının elde ettiği yararlar, destek ihtiyacını etkilediği oranda zararın tespitinde göz önünde bulundurulacaktır.⁵⁶⁴ Uygulamada buna “zararın netleştirilmesi” adı verilmektedir. Destekten yoksunluk tazminatının ölüm nedeniyle oluşan zararı tam karşılaması, zarara uğrayanın malvarlığında sebepsiz zenginleşmeye yol açmaması hukuki bir zorunluluktur. Desteğin ölümünden ötürü kendisine aylık bağlanan ya da toptan bir ödeme yapılan kişi, kural olarak destekten yoksun kalma tazminatı isteyemez. Burada ölçü ise toptan veya aylık ödenen

⁵⁶² Gaye Burcu Seratlı, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 144.

⁵⁶³ Ahmet Çelik, Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 359-360.

⁵⁶⁴ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.567. Bu husus destekten yoksun kalma tazminatının diğer maddi tazminat türlerinden zararın kapsamının tespiti açısından farklı bir yönünü ortaya koymaktadır. Zira kural olarak maddi tazminatın kapsamı belirlenirken ancak, ilgilinin uğradığı zarar gibi, tazmin sorumluluğunu doğuran olayın uygun ve normal sonucu olan yararlar dikkate alınarak tazminat miktarından indirilecektir. Nitekim Danıştay, Polis memuru olarak görev yapmakta iken, geçirdiği trafik kazası sonucu yaralanan davacının, aktif polislik yapamayacak olması nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; “...Maddi tazminat idarenin belli bir eylem veya işleminden dolayı kişilerin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi önlemeye yöneliktir. Ancak, idari eylem veya işlem sonucu zarar gören ilgililerin mal varlığında, aynı idari eylem veya işlemin sonucu olarak bir artış meydana gelmiş ise, hiç kuşkusuz bu artışın da göz önüne alınması, ortaya çıkan zarar ve yararların denkleştirilmesi suretiyle maddi zarar miktarının saptanması gerekir. Ancak, böyle bir denkleştirme yapılabilmesi için, ilgilinin uğradığı zarar gibi, sağladığı yararın da idarenin tazmin sorumluluğunu doğuran olayın uygun ve normal sonucu olması, zararlar yarar arasında uygun nedensellik bağı bulunması zorunludur. Zararı doğuran olayla uygun nedensellik bağı olmadan, başka bir sebeple ilgilinin malvarlığında bir artış olmuşsa, meydana gelen bu artışın maddi zarar miktarından düşülmesi gerçek zararın belirlenmesi amacıyla bağdaştırılmaz. ...” (D.10. D. 18.3.2008 tarih ve E.2007/8532, K.2008/1231 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, YIL 2008 S. 119, s.335-336).

paranın kişinin eski yaşamını sağlayacak nitelikte olmasıdır. Aksi halde aradaki farkın tazminat olarak ödenmesi gerekir. Nitekim miras kalması olayında durum böyledir. Eğer kalan miras ölenin desteğini aratmayacak ölçüde ise mirasçılarının destekten yoksun kaldıklarından söz edilemeyecektir. Ancak mirasçılarının destek nedeniyle sürdürdükleri yaşam standardını sağlamayacak nitelikte ise tazminat hakkının varlığı kabul edilecektir.⁵⁶⁵ Aynı şekilde davacılara bağlanan vazife malullüğü aylıkları peşin sermaye değeri ile adi malullük aylığı peşin sermaye değeri farkı yarar olarak kabul edilerek, yani aradaki fark düşülerek maddi zarar miktarının belirlenmesi gerekecektir.⁵⁶⁶

Yine zararın netleştirilmesi ilkesi gereğince, bulunan zarar miktarının tespitinde davacının ölüm sebebiyle bir tasarrufu varsa, mesela ölen desteğe yaptığı bazı masraflardan kurtulmuşsa bunların da hesaplanacak zarar tutarından mahsup edilmesi gerekir.⁵⁶⁷ Örneğin, ölen çocuğun yetiştirilmesi için yapılan zorunlu giderlerin de ana babaya ödenecek tazminat miktarından düşülmesi gerekir.⁵⁶⁸ Diğer bir husus ise destekten yoksun kalma tazminatı peşin bir ödemeyi içerir. Hâlbuki ölen kişi hayatta olsaydı, bu ödemeleri toptan değil de aylık gibi belli aralıklarla ödeyeceği göz önünde bulundurularak peşin sermaye indirimi yapılacaktı. (Uygulamada bu oran %10'dur)⁵⁶⁹ Fransız Hukuku'nda ise bu husus kesin olarak çözümlenmemiş olup, rant ve kapital halinde de indirim reddedilmiştir.⁵⁷⁰

III. MANEVİ ZARARIN KAPSAMI

Bireyin insan olma sıfatından doğan kişisel değerleri ile toplumsal yaşamdan türeyen değerleri pozitif hukuk kuralları ve mahkeme kararları ile

⁵⁶⁵ Esin, a.g.e., s. 446.

⁵⁶⁶ D.10.D. 18.4.2006 tarih ve E.2003/3779, K.2006/2510 sayılı kararı.

⁵⁶⁷ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 569.

⁵⁶⁸ Esin, a.g.e., s. 447.

⁵⁶⁹ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 310.

⁵⁷⁰ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 63.

koruma altına alındıkça manevi zararın giderimi sorunu giderek büyük önem kazanmıştır.⁵⁷¹ Manevi zarar, malvarlığı dışındaki hukuksal değerlere yapılan saldırılardan dolayı, bir kimsenin kişilik değerlerinde ve şahısvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eder. Kişilik yani şahısvarlığını oluşturan hukuki değerlerin ihlali dolayısıyla uğranılan objektif eksilme ve kayıplar manevi zararı meydana getirir.⁵⁷² Şahıs varlığı ise, bir kişinin kişi olarak haiz bulunduğu hukukça korunan, hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, şeref, haysiyet, cinsel bütünlük, ruhsal bütünlük gibi kişilik değerlerinin tümünü ifade eder.⁵⁷³ Danıştay kararlarında da manevi zararın; “kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama gücünü azaltan olaylar nedeniyle duyulan acıyı, ıstırapı veya kişilik haklarının zedelenmesi nedeniyle şeref ve haysiyetin rencide edilmesini ifade ettiği gibi, günlük yaşamı zorlaştıran belli ağırlıktaki her türlü üzüntü ve sıkıntıyı da”⁵⁷⁴ kapsamakta olduğu vurgulanmıştır.

Söz konusu manevi zararın giderilmesi, kişinin duyduğu ıstırap, üzüntü ve sarsıntı sebebi ile yaşama zevki azalan kişiyi maddi olarak tatmin etmeye yönelik olan manevi tazminat da konusu, kapsamı, amacı ve niteliği bakımından maddi tazminattan farklıdır.⁵⁷⁵ Anayasa Mahkemesinin bir kararında da belirtildiği gibi, 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 olanaksızlıkta ve manevi kayıpların telafi etmez niteliğindedir.⁵⁷⁶ Bu yönüyle manevi zarar, gerçek anlamda bir zarar olmayıp, malvarlığında bir azalmayı ifade etmez. Manevi zarar kişinin haysiyetine, vücut tamlığına

⁵⁷¹ Ergun Özsunay, “Çeşitli Hukuk Çevrelerinde Manevi Zarar Kavramı ve Manevi Zararın Giderimine İlişkin Çözümler”, Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 715.

⁵⁷² Eren, a.g.e., s. 482-483; Mustafa Reşit Karahasan, Tazminat Hukuku Manevi Tazminat, Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş Altınca Baskı, Beta, İstanbul, 2000, s. 62.

⁵⁷³ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1192-1193.

⁵⁷⁴ D.10. D. 29.4.2008 tarih ve E.2007/3301, K.2008/1939 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, YIL 2008 sy. 119, s. 329-332.

⁵⁷⁵ Akyılmaz, a.g.m., s. 204.

⁵⁷⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 11.02.1969 gün ve E. 1968/33, K. 1969/12 sayılı kararı, Özgüldür, a.g.e., s. 356.

veya yakınlarına yapılan saldırılar nedeniyle duyduğu bedensel ve ruhsal acı, üzüntü ve hayattan zevk almasında eksilmedir.⁵⁷⁷ Bir acının ya da elemin maddi zararlar gibi parayla ölçülmesine imkân yoktur.⁵⁷⁸ Ancak, Danıştay kararlarında da belirtildiği üzere "...başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir..."⁵⁷⁹ Bu kapsamda, manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen, duyduğu acı, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kimseye manevi tazminat adı ile bir miktar para verilerek, onun bu yoldan doyurulması (tatmini) sağlanır.⁵⁸⁰ Böylelikle manevi tazminat gerçekte bir tazmin aracı değil, tatmin aracı olmaktadır.⁵⁸¹

Ayrıca kişilik hakkının ihlali halinde kişilik varlığında meydana gelen eksilmeler sonucu oluşan⁵⁸² manevi zararın kapsamına, halen gerçekleşmiş ve ileride devam edecek manevi zararlar da girmekle birlikte, hem zararın miktarı, hem de rakam olarak tazminata çevrilmesi bakımından, kesinlik arz edemeyen, ölçülemeyen somutlaştırılamayan bir özellik taşımaktadır.⁵⁸³ Manevi zararın tayini için, maddi zarar tayininde olduğu gibi, elde müspet hareket noktaları mevcut değildir.⁵⁸⁴ Bu nedenle manevi zararın karşılığı hükmedilecek tazminatın miktarı yargı yerlerince olay ve kişinin durumu dikkate alınarak takdiren belirlenecektir. İdari işlem veya eylemin haksızlık derecesi, davacılar da yarattığı ızdırabın yoğunluğu ve sürekliliği, idarenin

⁵⁷⁷ Gözübüyük, Tan, a.g.e., s. 798.

⁵⁷⁸ Tekinay, "v.d.", a.g.e., s. 876.

⁵⁷⁹ D.10.D., 13.02.2001 tarih ve E. 7/4231, K. 2001/484, sayılı kararı, Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 257, Aynı yönde D.5. D'nin 10.10.1997 gün ve E: 1995/3611 K:1997/2485 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, 1242 nolu dipnot, s. 1198-1199,.

⁵⁸⁰ Esin, a.g.e., s. 450.

⁵⁸¹ Akyılmaz, a.g.m., s. 174.

⁵⁸² Kırca, a.g.m., s. 242.

⁵⁸³ Güran, a.g.m., s. 157; "Danıştay manevi tazminatın kapsamını da şöyle belirlemektedir. Bir kere burada mutazarrının hem henüz çektiği, katlandığı, duyduğu manevi zararlar hem de ileride çekeceği, katlanacağı, duyacağı manevi zararlar tazmin edilecektir. Hükmolunacak tazminat ise, çekilen üzüntü ve ızdırabı silmesi imkânsız olmakla birlikte kısmen olsun telafi edebilecek nitelikte olmalıdır. Böylece manevi tazminatta gerçek zarar, halen gerçekleşmiş ve ileride devam edecek manevi zararı ihtiva etmekle beraber, hem zararın miktarı, hem de buna karşılık ödenecek rakam bakımından kesinlik arz etmeyen, ölçülemeyen, zararın tamamını kapsayamayan bir nitelik taşımaktadır." (Akyılmaz, a.g.m., s. 178.

⁵⁸⁴ Kemal Tahir Gürsoy, "**Manevi Zarar ve Tazmini**", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXX, S.1-4, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 29.

tutumunun davacıyı ve sosyal çevresini etkileme derecesi, kişilik haklarına tecavüz halinde kişinin sosyal durumu manevi tazminatın takdir edilmesinde dikkate alınması gereken önemli hususları oluşturmaktadır.⁵⁸⁵ Nitekim bir Danıştay kararında; manevi değerlerde bir eksilme şeklinde ifade edilen manevi zararın varlığı, olayın gelişimi ve sonucu yanında ilgilinin durumu da dikkate alınarak saptanılacağına vurgu yapılmıştır.⁵⁸⁶

Manevi zarar, etkileri ve sonuçları bakımından kendi için de maddi etkileri olan manevi zararlar, maddi etkileri olmayan manevi zararlar olarak ikiye ayrılabilir. Yani bunların bir kısmı maddi para ve ile takdir ve tahmini mümkün bir zararla meydana gelir; yani maddi bir zararın manevi sahada yansımaları şeklinde görünür. Güzelliğe, estetik hususiyetlere tesir eden cismani zararlar; itibar üzerine etki eden şeref ve haysiyete karşı işlenen fiiller; fiziki elem ve ızdırap meydana getiren fiiller birinci kısma girerler. Bunlar birçok defa mal varlığı üzerinde doğrudan etki ederler.⁵⁸⁷ Örneğin, kişinin beden bütünlüğüne yapılan saldırı nedeniyle çalışma ve kazanma gücünde bir azalma olması hali gibi tacirin şeref ve haysiyetine tecavüz sonucu itibarının sarsılması halinde veyahut kişinin şöhretine bir saldırı olması halinde de hem maddi ve hem de manevi bir zararın ortaya çıkması mümkündür.⁵⁸⁸ Bunun gibi bir aile reisinin ölümünü veya yaralanmasına doğuran bir fiil bir taraftan menfaate ve geçim üzerine tesir edeceği ve mağdurun mal varlığında bir azalma medyada getireceği gibi bu aile reisine duyulan sevgi nedeniyle manevi zarar da doğurur. Buna karşılık mal varlığı üzerinde doğrudan doğruya veya dolayısıyla hiçbir etkisi olmayan, sadece manevi bir elem ve ızdırap doğuran zararların da ikinci gruba girdiği ve tazmin borcuna esas olduğu kabul edilmektedir.⁵⁸⁹

⁵⁸⁵ Baş, a.g.m., s. 77.

⁵⁸⁶ D.10.D., 27.04.1992 tarih ve E.1989/141, K.1992/1618 sayılı kararı, D.D., Y.23, S.86, 1993, s. 585-588.

⁵⁸⁷ Onar, a.g.e., C. III, s. 1717-1718.

⁵⁸⁸ Gürsel Kaplan, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu, AÜHFD, 2006, c. 55, s. 125.

⁵⁸⁹ Kemal Tahir Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", AÜHFD, C.30, Yıl 1973, S.1-4, s.9; Onar, a.g.e., C. III, s. 1717-1718.

Maddi etkileri de olan manevi zararların kapsamının belirlenmesi ve tazmini, sadece maddi etkileri olmayan manevi zararlara göre nispeten daha kolaydır. Nitekim, Fransız Danıştay'ı doktrindeki eleştirilere rağmen uzun zaman boyunca "gözyaşları para etmez" ilkesinden hareketle manevi acıların parayla ölçülemez nitelikte olduğuna ve bu nedenle de manevi acılardan dolayı tazminat istenemeyeceğine karar vermiştir. Uzunca bir süre bu içtihadı sürdüren Fransız Danıştay'ı, bu tutumundan ancak 24 Kasım 1961 tarihli "Letisserand" kararıyla vazgeçmiştir. Fransız Yargıtay'ı ise bu düşünceye itibar etmekten 1800'lü yılların sonunda vazgeçmiş ve manevi acıdan dolayı tazminata hükmetmiştir. Danıştay ise kişilerin çektikleri manevi acılardan dolayı tazminata hükmetmektedir.⁵⁹⁰

Nitekim Danıştay bir kararında; "Mahkeme kararında ifade edilenin aksine, manevi tazminat sadece, manevi değerlerde meydana gelen eksilmelerle sınırlı bir giderim yolu değildir. Aynı zamanda kişinin, yaşamında ortaya çıkan olumsuzluklar nedeniyle duyduğu her türlü sıkıntı ve üzüntüden kaynaklanan manevi zararların da tazminat ödenerek giderilmesi gerekir. Olayda, memuriyet intibakına ilişkin yargı kararını 6 ayı aşan süre içinde uygulatamayan davacının, idarenin bu hukuk dışı tutum ve davranışı nedeniyle üzüntü ve sıkıntı çektiği, böylece manevi zarara uğradığı açık olup; olayın oluşumu ve niteliği dikkate alınarak takdir edilecek manevi tazminatın da ağır hizmet kusuru bulunan idarelerden tahsili gerekir." demiştir.⁵⁹¹

Manevi zarar ve bunun giderimi için ödenen manevi tazminat konusu ile ilgili olarak idare hukuku ile ilgili yasalarda herhangi bir düzenleme mevcut olmadığından, ölüm sebebiyle ölene yakından bağlı olan kişilerin duydukları acı ve üzüntüler, beden tamlığının ihlalinden doğan acı ve üzüntüler ile kişilik haklarının ihlalinden doğan acı ve üzüntüler nedeniyle açılan tam yargı davalarında, bu konuda özel hukukta yer alan düzenlemelerden

⁵⁹⁰ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1196-1197; Kaplan, a.g.m., s. 125-126.

⁵⁹¹ D.5.D. 11.10.2002 tarih ve E.1999/2093, K.2002/3798 sayılı kararı, Gözübüyük, a.g.e., s. 320.

yararlanılmaktadır. Ancak bu yararlanmanın adli yargıya nazaran daha dar bir manevi tazminat anlayışına yol açtığı ileri sürülmektedir.⁵⁹² Danıştay'daki uygulamanın da bu hükümlere paralel olduğu söylenebilir.⁵⁹³ Ancak idare hukukunda manevi tazminatın dayanağını yargı içtihatları oluşturmaktadır.⁵⁹⁴ Yüksek Mahkeme koşulları bulunduğu, beden bütünlüğü ihlal olunan veya yakınlarından biri ölen ya da kişilik hakları yönünden bir saldırıya uğrayan kişilere manevi tazminat vermekte bir duraksama göstermemektedir. Nitekim Danıştay bir kararında, manevi tazminata ölüm, bedeni zarar ve kişilik haklarına saldırı hallerinde hükmedilebileceğini belirtmiştir.⁵⁹⁵ Yine manevi zararın giderimi konusunda,⁵⁹⁶ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararları ile Danıştay kararları arasında bir paralellik olduğu söylenebilir. Manevi varlıktaki eksilme çeşitli nedenlerden doğmuş olabilir. Medeni Kanun'un 24. ve 25. maddesi genel bir ifadeyle, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği ve kişilik haklarına saldırıda bulunanlara karşı manevi tazminat isteyebileceğini hükme bağlamıştır. Bunun gibi Borçlar Kanunu'nun 47 maddesinde, hakimin, hususi halleri nazara alarak cismani zarara duçar olan kimseye (beden bütünlüğü ihlal edilen) yahut adam öldüğü takdirde ölünün

⁵⁹² Özgüldür, a.g.e., s. 356.

⁵⁹³ Danıştay bir kararında; "...Manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır. Genel kabule göre 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 veyahut da şeref ve haysiyetin rencide edilmiş olması gerekmektedir. Olayda da davacının dükkanının tahrip olması nedeniyle mal kaybından dolayı maddi zarara uğradığı, ancak herhangi bir cismani zararının bulunmadığı, manevi tazminat ödenmesi suretiyle telafi edilebilecek bir kaybının olmadığı anlaşılmaktadır..." denilmiş, söz konusu kararın azlık oyunda ise; "Davacının manevi tazminat isteminin dayanağını, işyerinin ağır hasarlı olup, kullanılmaz hale gelmesi sonucu, çalışma düzeninin bozulması, geçimini temin etme güçlüğü ve endişesini yaşaması sonucu manevi bütünlüğünde oluşan zarar oluşturmaktadır. Yaşamını devam ettirecek gelirden yoksun kalma duygusunun kişinin manevi bütünlüğünü ciddi ölçüde bozan bir duygu olduğunda kuşku yoktur..." şeklindeki görüşe yer verilmiştir. (D.10.D., 21.05.2001 tarih ve E.1999/2037, K.2001/1908 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e, s. 21-22).

⁵⁹⁴ Danıştay manevi tazminat taleplerinin Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak tazmin edilmesini kabul etmemektedir. "... Buna karşılık 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 hükmetmesi hukuken doğru olmadığı gibi ..." (D.5.D., 05.12.1991 tarih ve E. 1991/3619, K. 1991/2346 sayılı kararı, D.D., S. 84-85, s. 347).

⁵⁹⁵ D.10.D., 13.02.2001 tarih ve E.1998/4231, K.2001/484 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e, s. 20.

⁵⁹⁶ Özgüldür, a.g.e., s. 361.

ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebileceği, yine aynı Kanun'un 49 uncu maddesinde ise, şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde zarara uğrayan kişinin, uğradığı zarara karşılık manevi zarar namıyla bir miktar para istenmesini dava edebileceği belirtilmiştir.⁵⁹⁷

Tazmini gereken manevi zararları, ölüm olayı nedeniyle meydana gelen manevi zarar, bedensel zararlardan dolayı uğranılan manevi zarar ve kişilik haklarına saldırı nedeniyle uğranılan manevi zararlar başlıkları altında incelemek mümkündür. Esasında, beden tamlığı ve hayat üzerindeki haklar da kişilik haklarından olup, bunların ihlali, şeref ve haysiyet gibi diğer kişilik değerlerinin ihlalinden sırf hukuk politikasının ilişkin düşüncelerle ayrılmıştır.⁵⁹⁸

A. Ölüm Olayında Manevi Zarar

Ölüm olayı ölen kişi ile yakınlık derecesi ve ilişki düzeyine bağlı olarak, pek çok kişide acı ve üzüntüye sebebiyet verip, ruhsal sarsıntıya uğramasına yol açabilir.⁵⁹⁹ İdarenin faaliyeti sonucu meydana gelen ölüm olayı nedeniyle oluşan, bu kişilerin manevi zararlarının tazmin edilmesi gerekmektedir. Ancak duyulan acı, üzüntü ve ruhsal sarsıntı ölen kişi ile yakınlık derecesi ve ilişki düzeyine bağlı olarak farklılık arz edeceği gibi,⁶⁰⁰ bu acı ve üzüntüyü duyan kimselerden hangi ya da hangilerinin manevi zarara uğradıkları kabul edileceği ve dolayısıyla bunun karşılığı olarak tazminat isteme hakları bulunacağı önemli bir konudur. Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi ölenin

⁵⁹⁷ Esin, a.g.e., s. 450.

⁵⁹⁸ Tekinay, v.d., a.g.e., s. 878.

⁵⁹⁹ Esin, a.g.e., s. 451.

⁶⁰⁰ "... manevi tazminata hükmedilirken, tazminat miktarının; idarenin eyleminin hukuka aykırılığının ağırlığını ortaya koyacak tutarda olması kadar, aynı olaydan dolayı benzer şekilde etkilenen diğer kişilerin etkilenme ve yakınlık derecesi dikkate alınarak orantılı ve adil olması da hakkaniyet gereğidir. ..." (D.10.D. 20.6.2001 tarih ve E.1999/2410, K.2001/2637 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 16 Ocak 2010).

ailesine⁶⁰¹, daha doğrusu aile bireylerine manevi tazminat verilebileceğini hükme bağlamaktadır. Her ne kadar kanun metninde ölenin ailesi ifadesi kullanılmış ise de, hükmün amacı göz önün de tutularak, bu maddenin karşılığı olan İsviçre Borçlar Kanununun 47 nci maddesindeki ifadeye uygun olarak ölenin yakınlarının kastedildiği doktrin ve mahkeme içtihatlarında kabul edilmektedir.⁶⁰² Zira aile deyimine ölen kimse ile ilişkisi bulunmayan veya bu ilişkisini çoktan kesmiş uzak hısımlar da girer. Bunların ölüm nedeniyle manevi tazminatı gerektirecek ölçüde bir acı duymaları söz konusu olamaz. Burada önemli olan ölen kimse ile tazminat talebinde bulunan kimse arasında duyulan yakınlık ve sevgidir.⁶⁰³

Danıştay kararlarında da ölüm nedeniyle manevi tazminat talebinde ölen kimse ile tazminat talebinde bulunan kimse arasında duyulan yakınlık yani ölenle eylemli bir bağlılık içinde bulunma unsurunu göz önünde bulundurulduğu görülmektedir: Örneğin bu yönde bir kararda; "...Yakınlarının ölümü nedeniyle ve idarenin tazmin sorumluluğu doğduğu iddiasıyla manevi tazminat talebinde bulunanların ölene çok yakın kan ya da sıhri hısımlar olmalarına ölenin mirasından yararlanabilme koşullarını taşımalarına gerek yoktur..."⁶⁰⁴ : "...Ölüm olayının manevi bir acıya yol açtığı tartışmasız olup; ölenin ailesine manevi tazminat verilmesi gerekmektedir. Ölenin ailesi ise, ölenle arasında gerçek ve eylemli bir bağlılık ve ilişki bulunan yakınlarını kapsar..."⁶⁰⁵ şeklinde görüş bildirmiştir.

Yargıtay kararlarının da aynı doğrultuda olduğu görülmektedir. Örneğin; "...BK. Md. 47'de sözügeçen aile, davacılarla ölen arasında eylemli ve gerçek bir bağlılık ve ilişki bulunan yakınları kapsar, ölüm dolayısıyla

⁶⁰¹ Manevi tazminata hükmedilebilmesi için önemli olan aile hukuku çerçevesindeki yakınlık değil, duygusal yakınlıktır. Aile çevresindeki yakınlık sadece duygusal yakınlığın varlığı hususunda bir varsayımdan ibarettir. Y9HD., 21.01.1971 tarihli kararı, Gürsoy, a.g.e., 1973, s. 46.

⁶⁰² Kılıçoğlu, a.g.e., 321; Oğuzman, Öz, a.g.e., 74 nolu dipnot, s. 699.

⁶⁰³ Esin, a.g.e., s. 451.

⁶⁰⁴ D.10.D., 28.03.1984 tarih ve E.1983/945, K.1984/663 sayılı kararı, D.D., S.52-53, s. 408.

⁶⁰⁵ D.10.D., 18.11.1996 tarih ve E. 1995/2428, K. 1996/7639 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e, s. 975.

ızdırap ve elem duyan ölenin gerçek yakınları manevi tazminat istemekle haklı olurlar...”⁶⁰⁶ : “...Bir kimsenin ölenin yakını olabilmesi için, ölen ile eylemli aile ve sevgi bağlarının varlığı gereklidir. Burada önemli olan Aile Hukuku çerçevesinde yakınlık değil, duygusal yakınlıktır. Böyle olunca da, uzak ya da yakın hısımlık bağları yerine ölenle çok yakın ve içtenlik taşıyan duygusal bir bağlılığın varlığı aranmalıdır. ...”⁶⁰⁷ şeklindeki gerekçeler bunu gösterir.

Ölenin yakınları kavramı ölenin ailesi kavramına nazaran daha geniş bir kavramdır. Bu kapsama ölenle kan bağı ya da miras ilişkisi içinde bulunmayan kişiler de girebilirler.⁶⁰⁸ Burada önemli olan ölenle gerçek ve eylemli bir bağlılık ve ilişki içinde bulunmaktır. Uygulamada ise yalnızca ölenin gerçek yakınlarına, onunla gerçekten bir aile ilişkisi içerisinde bulunanlara manevi tazminat verildiği görülmektedir. Bu kapsama, ana ve baba⁶⁰⁹, çocuklar,⁶¹⁰ hayatta kalan eş⁶¹¹, kardeşler,⁶¹² nişanlı,⁶¹³ evlilik dışı çocuklar ve evlatlık dahil olmaktadır. Danıştay bunlara ek olarak yerine göre büyük baba, büyük ana,⁶¹⁴ üvey ana⁶¹⁵ ve nikahsız karısı⁶¹⁶ gibi yakınlarında manevi tazminata hakkı olduğunu kabul etmektedir.⁶¹⁷

⁶⁰⁶ Y.H.G.K.’nın, 25.11.1970 tarih ve 967/4-31 Esas, 645 Karar sayılı kararı, Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.91.

⁶⁰⁷ Y.4.H.D.’nin 05.03.1979 tarih ve 9973 Esas, 2900 Karar sayılı kararı, Karahasan **Manevi Tazminat**, a.g.e., s.91.

⁶⁰⁸ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 289.

⁶⁰⁹ D.10.D. 02.10.2009 tarih ve E.2006/2391, K.2009/8385 sayılı kararı.

⁶¹⁰ D.10.D., 18.11.1996 tarih ve E. 1995/2428, K. 1996/7639 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e, s. 975.

⁶¹¹ D.10.D., 25.3.2003 tarih ve E.2001/323, K.2003/703 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 16 Ocak 2010.

⁶¹² D.10.D. 12.6.2001 tarih ve E.1999/4012, K.2001/2235 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e, s. 42.

⁶¹³ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1204.

⁶¹⁴ D.10.D. 10.D16.4.2002 gün ve E:2000/3770,K:2002/1095 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e, s. 152.

⁶¹⁵ D.10.D., 22.5.1985 tarih ve E.1982/3322, K.1985/1065 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 16 Ocak 2010.

⁶¹⁶ DİDDGK, 17.10.1997 tarih ve E. 1995/79, K. 1997/479, sayılı kararı, (Selami Demirkol, M. Önder Tekin, Nihat Toktaş, Danıştay İdari Dava Daireleri Karar Özetleri, Genişletilmiş ve Değiştirilmiş İkinci Baskı, Beta, İstanbul 2006, s.1293); “Fransız Yargıtay’ı, ölen koca ile kadın arasında hukuki bağ aramamaktadır. Ölen kadın ile arasında müşterek bir hayat paylaşılmışsa resmi eş ve birlikte yaşadığı diğer kadının manevi zarar için tazminat talep hakkı vardır. Yine Fransız Yargıtay’ına göre “metres” niteliği tek başına dava imkanı vermez. Karı koca ilişkisi yani birlikte yaşamın paylaşılması

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bu konudaki uygulamasının ise; ana-baba ve çocuklardan oluşan “çekirdek aile” tipini değil, kardeşleri de içine alan “geleneksel aile” tipini esas alma yönünde olduğu görülmektedir.⁶¹⁸ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, ölen kişinin nişanlısı olan kızın⁶¹⁹, baba bir kardeş ölen kişiyle aynı çatı altında büyüyen üvey kardeşlerin,⁶²⁰ öleni 9 yaşında askere gitmesine kadar büyüten üvey annenin,⁶²¹ ölene küçük yaşta beri babalık yapan üvey babanın,⁶²² yoksul ve belediye yardımına muhtaç teyzenin,⁶²³ manevi tazminat taleplerini kabul etmiştir. Ancak, amcanın,⁶²⁴ kayınpederin,⁶²⁵ kayınvalidenin⁶²⁶ manevi tazminat taleplerini reddetmiştir.⁶²⁷

Ölüm nedeniyle meydana gelen manevi zarar, tazminat talebinde bulunan ile ölen arasındaki yakınlık ve ilişkiye göre farklılık arz ettiği gibi, manevi acının hemen duyulmasına, yani zararın hemen meydana gelmesine de gerek bulunmamaktadır. Zararın sonradan duyulması da manevi tazminat talebinde bulunabilmek için yeterlidir. Buna göre ölüm sırasında küçük yaşta olan çocuk ve kardeşlerin de manevi tazminat talebinde bulunabileceklerdir. Bunların yanı sıra, ölüm tarihinde henüz ana rahminde olan çocuğun da sağ

aranır. Fransız Danıştay’ı önceden kabul etmemekle birlikte zaman içinde içtihadını değiştirerek nikahsız kadına tazminat hakkı tanımıştır.” (Kılıçoğlu, a.g.e., s. 321).

⁶¹⁷ Esin, a.g.e., s. 451.

⁶¹⁸ Özgüldür, a.g.e., s. 359.

⁶¹⁹ AYİM. 2. Daire, 23.03.1994 tarih ve E.1993/159, K.1994/1058 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, 1282 nolu dipnot, s. 1205.

⁶²⁰ AYİM. 2. Daire, 13.04.1994 tarih ve E.1994/626, K.1994/781 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, 1283 nolu dipnot, s. 1205.

⁶²¹ AYİM. 2. Daire, 11.01.1995 tarih ve E.1993/654, K.1995/27 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, 1284 nolu dipnot, s. 1205.

⁶²² AYİM. 3. Daire, 18.06.1981 tarih ve E.1981/59, K.1981/106 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, 1285 nolu dipnot, s. 1205.

⁶²³ AYİM. 3. Daire, 29.06.1976 tarih ve E.1976/298, K.1976/3863 sayılı karar, Gözler, a.g.e., C. II, 1286 nolu dipnot, s. 1206.

⁶²⁴ AYİM. 3. Daire, 09.12.1975 tarih ve E.1974/2326, K.1975/2263 sayılı kararı, Kemal Gözler, a.g.e., C. II, 1287 nolu dipnot, s. 1206.

⁶²⁵ AYİM. 3. Daire, 02.12.1975 tarih ve E.1974/139, K.1975/2349 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, 1288 nolu dipnot, s. 1206.

⁶²⁶ AYİM. 3. Daire, 20.02.1979 tarih ve E.1977/13460, K.1979/92 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, 1289 nolu dipnot, s. 1206.

⁶²⁷ Gözler, a.g.e., C. II, s.1205-1206; Özgüldür, a.g.e., s. 336-337.

doğması kaydıyla- manevi tazminat hakkına sahip olduğunun kabul edilmelidir.⁶²⁸

Örneğin; Danıştay bir kararında, “Ölüm olayının manevi bir acıya yol açtığı tartışmasızdır. Ölenin ailesinden kasıt ise, ölenle arasında eylemli ve gerçek bir bağıllık ve ilişki bulunan yakınları kapsar. Bu açıdan ölenin bir yaşındaki çocuğu ile ölüm olayından sonra dünyaya gelen çocuğun ölen babasından dolayı acısını olay anında duyması mümkün olmasa bile, daha sonra ve hayat boyunca bu olayın ağırlığını hissedeceği ve dolayısıyla manevi acı duyacağı ortadadır” diyerek manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁶²⁹ Ancak Danıştay başka bir kararında ise aksi yönde görüş belirterek; “...babasının ölümünde henüz 24 günlük olması nedeniyle acı ve elem duyamayacağı gerekçesiyle manevi tazminat istemini reddeden...” mahkeme kararını onamıştır.⁶³⁰

Yargıtay babasının ölümünden sonra doğan çocuk için manevi tazminatı ödenmesine takdir etmektedir. Örneğin; “... Küçük M’nin ölümünden sonra doğması aile kavramına dahil olmasına engel teşkil etmez. Bundan başka, manevi zararın ölüm anında doğmasını zorunlu kılan bir kanun hükmü yoktur. Manevi zararın , bu olayda olduğu gibi , sonradan doğması da mümkündür. Gerçekten babasını dahi tanımak mutluluğundan yoksun kalacak çocuğun bütün yaşantısı boyunca duyacağı eksiklik ve acı söz götürmez. Öbür yandan, ilke olarak manevi tazminat müessesesi kabul edildikten sonra, küçüğün geleceğine yönelik manevi zararlarını karşılıksız bırakmak, açık suretle adalet ve hakkaniyet kurallarına aykırı düşer. ...”⁶³¹

⁶²⁸ Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.93-94; K.Eren Gönen, “**İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi**”, Danıştay Dergisi, Y.34 S.108, 2004, s. 27.

⁶²⁹ D.10.D., 05.11.1996 tarih ve E:1995/1423 K:1996/7109 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e, s. 689.

⁶³⁰ D.10.D., 15.06.1998 tarih ve E. 1996/10174, K. 1998/2615 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e, s. 78.

⁶³¹ Y.9.H.D.’nin 5.12.1967 tarih ve 8571 Esas, 11541 Karar sayılı kararı, (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s. 93).

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi; manevi acıyı idrak etme yönünde ilk başlarda küçük yaşta olan çocukların manevi acıyı idrak edemeyeceklerini belirtmişken, daha sonra bu içtihadından dönmüştür.⁶³² Nitekim Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bir kararında; "...kendisi doğmadan ölen babasının acısını olay anında duyması mümkün olmayan çocuğun, daha sonra ve muhtemelen hayatı boyunca bu olayın ağırlığını hissetmemesi ve dolayısıyla manevi acı duymaması mümkün..."⁶³³ olmadığını belirtmiştir. Yine bir başka kararında da, babası vefat ettiği tarihte henüz doğmamış, ancak, daha sonra tam ve sağlam olarak doğmak suretiyle hukuksal kişilik kazanan davacı küçüğün babasını tanımak mutluluğundan yoksun kalacağı bütün yaşamı boyunca babasının yokluğunun eksiklik ve acısını duyacağı, Manevi zararın ölüm anında doğmasının zorunlu bulunmadığı, davacı küçüğün geleceğe yönelik manevi zararının karşılıksız bırakılmasının adalet ve hakkaniyet kurallarına aykırı düşeceğinin belirterek, ölüm sırasında henüz ana rahminde olan ve fakat daha sonra tam ve sağlam olarak doğarak hukuksal kişilik kazanan davacı küçüğün tazminat talebini kabul etmiştir.⁶³⁴

Ancak, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kardeşler bakımından manevi acıyı idrak edebilme bakımından yaş sınırı getirmiştir. 1995'e kadar 10 yaşından küçük kardeşlerin manevi acıyı idrak edemeyecek durumda oldukları gerekçesiyle manevi tazminat taleplerini reddederken, bu yaş sınırını 1995 yılında 7, 2001'den sonra da 5 olarak algılamaya başlamış ve manevi tazminat taleplerini reddetmiştir. Öğretide, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi' nin bu yaklaşımı, yaş sınırının belirlenmesine yönelik herhangi bir bilimsel açıklamaya yer verilmemesi nedeniyle eleştirilmiştir. Manevi tazminat için idrak koşulunu arayan Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin manevi zarar konusunda "subjektif teoriyi" benimsediği söylenebilir.⁶³⁵ Nitekin Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bir kararında; askerde iken öldürülen

⁶³² Özgüldür, a.g.e., s. 359.

⁶³³ AYİM. 3. Daire, 20.01.1976 tarih ve E.1973/1883, K.1976/131 sayılı kararı, Özgüldür, a.g.e., s. 359.

⁶³⁴ AYİM. 2. Daire, 26.04.2000 tarih ve E.1998/553, K.2000/319 sayılı kararı, Atay, a.g.e., s. 685.

⁶³⁵ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1205.

kardeşi nedeniyle manevi tazminat isteminde bulunan bulunan davacı kardeşin ileri derece de zeka geriliği hastalığına düşer olması nedeniyle, kardeşinin ölümünden dolayı bir elem ve ızdırap duyamayacağı belirtilerek, manevi tazminat talebinin reddine karar vermiştir.⁶³⁶

Ölenin yakınlarının talep edebilecekleri manevi tazminat, ölüm nedeniyle kendi uğradıkları manevi zararların karşılığıdır. Buna göre ölüm nedeniyle zarara uğradığından bahisle tazminat talep edilebilmesi için, davacı tarafından ölenle kendi arasında hısımlık, yakınlık veya bir ilişki bulunduğunun kanaat verici bilgi ve belgelerle ortaya konulması gerekmektedir.⁶³⁷ Manevi zarar somut olarak hesaplanabilecek bir olgu olmadığından mahkemece resen takdir edilecektir. Ölüm nedeniyle manevi tazminat miktarının takdirinde ölümün hangi idarenin eyleminden kaynaklandığının⁶³⁸ tespitinden sonra; ölenin ve tazminat talebinde bulunan kişinin sosyal ve ekonomik durumları, bunlar arasındaki yakınlık derecesi, ölümün nedeni ve ölüm olayının vuku buluş şekli (ölüme neden olan eylemin gerçekleşme şekli)⁶³⁹ ile bu sonucun doğumunda ölenin birlikte (müterafık) kusurunun bulunup bulunmadığı hususları göz önünde bulundurulacaktır.⁶⁴⁰

⁶³⁶ AYİM. 2. Daire, 01.05.1991 tarih ve E.1990/393, K.1991/147 sayılı kararı, Serdar Özgüldür, a.g.e., s. 359; Aksi yönde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi; askerde iken askeri araçtan düşme sonucu akli dengesini kaybeden erin açtığı tam yargı davasında, Başsavcılığın akli dengesi bulunmayan kişinin manevi acı duyması söz konusu olmadığından, manevi tazminat verilmemesi gerektiğine ilişkin düşüncesi şu gerekçeyle reddolunmuştur; "...Temyiz kudretinden yoksun olan kimsenin bu durumu akıl hastalığı ya da akıl zayıflığından kaynaklanıyorsa kişiliğine yönelik saldırılardan psikolojik varlığı ve ruhsal dengesini bakımından bazı hallerde etkilenmediği düşünülebilir. Ancak Borçlar Kanunun 47. maddesinde öngörülen 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 mağdurdu cansız bir varlık olarak kabul etmek anlamına gelir. Daha açık bir ifadeyle, bir akıl hastasının bıçakla yaralanması halinde o kişinin bu yaralanmadan hiç acı duymadığı ve duymayacağı düşünülemez. Bu nedenle Kurulumuzca, davacının olaydan dolayı acı ve üzüntü duyacak durumunda bulunmadığından manevi tazminata hükmedilmesine gerek olmadığına ilişkin başsavcılık görüşüne itibar edilmemiş, davacının olay sebebiyle duyduğu ve duyacağı acı ve ızdırapların kısmen de olsa karşılanabilmesi için, uygun miktarda manevi tazminat taleplerinin idarece karşılanması gerekeceği sonucuna varılmıştır..." (AYİM. 2. Daire, 18.02.1990 tarih ve E.1989/189, K.1990/87 sayılı kararı, Özgüldür, a.g.e., s. 359).

⁶³⁷ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 322.

⁶³⁸ D.10.D., 20.06.2001 tarih ve E.1999/2410, K.2001/2637 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 43.

⁶³⁹ D.10.D., 01.07.1998 tarih ve E.1998/1718, K.1998/3480 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> 15 Kasım 2009.

⁶⁴⁰ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.699-700; Esin, a.g.e., s. 452.

B. Bedensel Bütünlüğün İhlali Dolayısıyla Manevi Zarar

Fiziksel acılar nedeniyle oluşan manevi zararların tazmini meselesi, salt manevi zararlara göre nispeten daha kolaydır. Ancak Fransız Danıştay'ı uzun zaman boyunca “fiziksel acılar parayla ölçülemez” düşüncesinden hareketle, manevi tazminat taleplerini reddetmiştir. Ancak Fransız Danıştay'ı bu içtihadından 24 Nisan 1942 tarihli Morelle kararıyla vazgeçmiş ve “istisnai ağırlıktaki fiziksel acıların” tazmin edilebileceğine karar vermiştir. Fransız Danıştay'ı bu istisnai ağırlık şartından ise 6 Haziran 1958 tarihli Commune de Grigny kararıyla vazgeçmiş ve “belirli bir önemde olan fiziksel acıların” tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁶⁴¹

Hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kişi bu fiilin doğrudan etkileri sonucu tıbbi bir müdahaleye maruz kalmış, hatta bu müdahaleye rağmen kişi sağlığına kavuşamamış, sakat kalmış, bedeninde iz kalmış olabilir. İşte kişi bu nedenle yaşamı boyunca bedensel bütünlüğünde uğradığı bu değişikliğin acı ve elemiini çekecektir.⁶⁴² Yani bedensel bütünlüğünün ihlali kişide fiziki ızdıraba neden olduğu gibi, ruhi üzüntülerin de ortaya çıkmasına neden olabilir. Bedensel zarar sonucunda anatomik yapısı veya fiziksel görünüşü bozulan kimsenin bu yüzden acı, üzüntü ve sarsıntı duyacağına, bazı ruhsal komplekslere uğrayacağına şüphe yoktur. Bir organı kırılan, kopan, yaralanan veya önemli bir korku geçiren ya da yüzü ve bedeni çirkinleşen kişinin bu nedenle manevi varlığında duyacağı eksikliğin, hiç değilse bir ölçüde giderilmesi amacıyla manevi tazminat verilmesi gerekir.⁶⁴³ Kişinin bedensel bütünlüğünün ihlali nedeniyle oluşan manevi zararın⁶⁴⁴ giderimi meselesi Borçlar Kanunu'nun 47 maddesinde düzenlenmiş olup, burada

⁶⁴¹ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1195.

⁶⁴² Kılıçoğlu, a.g.e., s. 320-321.

⁶⁴³ Esin, a.g.e., s. 452.

⁶⁴⁴ “...manevi tazminat, sadece kişinin şeref ve haysiyeti gibi manevi değerlerin değil; yaşam, beden bütünlüğü, sağlık gibi kişilik haklarına dahil olan bedensel değerlerinin ihlali halinde de ilgilinin duyduğu elem ve üzüntünün kısmen giderilmesini sağlayan manevi bir tatmin aracıdır. ...” (D.10.D, 12.10.1999 tarih ve E. 1997/324, K. 1999/4801 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, s. 1197).

hakimin, hususi halleri nazara alarak cismani zarara duçar olan kimseye (beden bütünlüğü ihlal edilen) manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebileceği belirtilmiştir. İdarenin kusurlu eylemi nedeniyle cismani zarara uğrayana manevi tazminat verilmesi Borçlar Kanunu'nun 47 maddesinde yer alan söz konusu hükmün yansımasının bir sonucudur.

Danıştay bir kararında; "...Toprak Mahsulleri Ofisi İzmir Şubesinde hizmetli olarak görev yapan ilgilinin, görevi sırasında meydana gelen kazada bir parmağını kaybetmesi, iki parmağının hareketlerinin kısıtlanmasından dolayı ömür boyu acı ve ızdırap çekeceği ve ruhsal sıkıntıya düşeceği açık olduğundan, davacıya takdiren 10.000.000 lira manevi tazminat ödenmesi" gerektiğine karar verilmiştir.⁶⁴⁵ Yine Danıştay başka bir kararında, davacının elleri yanmış ve ellerinde ameliyatla düzeltilmesi imkânsız yanık izleri kalmıştır. Danışta Onuncu Dairesi, "...yangın sonucunda her iki eli ve yüzü yanan, ellerinin doğal görünümü bozulan davacının olay sonrası durumundan dolayı ömür boyu acı ve ızdırap çekeceği açık olduğundan..." lehine manevi tazminata hükmetmiştir.⁶⁴⁶

Bedensel bütünlük kavramı ile kimsenin fiziki varlığı yanında o kişinin ruh sağlığı da kastedilmektedir. Başka bir anlatımla beden bütünlüğü yalnızca kişinin anatomik yapısını ilgilendiren bir kavram olmayıp, ruhsal yapı ve fiziksel görünüş de bu kapsama girmektedir. Nitekim bedensel zarar kavramının, ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalıklarını da kapsadığı gerek Danıştay gerekse Askeri Yüksek İdare Mahkemesince kabul edilmektedir.⁶⁴⁷ Yine estetik zararlar da bu kapsamda tazmin edilebilir niteliktedir.

⁶⁴⁵ D.10.D. 28.12.1992 tarih ve E.1991/2441, K.1992/4584 sayılı kararı, Demirkol, Tekin, Toktaş, a.g.e., s. 1288.

⁶⁴⁶ D.10.D. 10.04.1992 tarih ve E.1990/954, K.1992/1362 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, s.1196.

⁶⁴⁷ Armağan, a.g.e., s. 225.

Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarına bakıldığında, kişinin uğrayabileceği cismani zararların çok çeşitli olduğu görülmektedir. Örneğin; “yangın sonucunda her iki eli ve yüzü yanan, ellerinin doğal görünümü bozulan...”⁶⁴⁸, “beyin sendromu”⁶⁴⁹, “...yapılan göz ameliyatı esnasında anestezi enjeksiyonundan meydana geldiği konusu ihtilafsız olan sol gözün kaybedilmesi...”⁶⁵⁰, “...sağ elinin bileğinin üst kısmından kesilmesi yüzünden meydana gelen doku eksikliği sebebiyle sakat kalması...”⁶⁵¹, “askerlik hizmeti esnasında yanan”⁶⁵², “makinist olarak çalışan davacının iki bacağının da diz kapağının altından kesilmesi”⁶⁵³, “kamyonun kapısına parmağını sıkıştıran sivil memurenin uğradığı zararın”⁶⁵⁴, “yaptırılan spor esnasında düşerek sakatlandığı anlaşılan davacının”⁶⁵⁵, kişinin beden bütünlüğünün ihlali yoluyla oluşabilecek zararları oluşturmaktadır.

Sırf bedensel bütünlüğünün ihlal edilmiş olması manevi zararın varlığının kabulü için yeterli olmayacaktır. Borçlar Kanunu’nun 47 maddesinde ayrıca halin özelliğinin manevi tazminatı gerektirmesi şartı belirtilmiştir. Manevi zararın varlığının kabulü için, zararın konusu olan ihlalin önemli olması, ayrıca beden bütünlüğüne yönelik zararlar sağlığı tehlikeye düşen kişinin bu sebeple ağır ruhsal bunalım ve üzüntü geçirmiş olması gerekmektedir.⁶⁵⁶ Duyulan geçici bir acı (mesela bir iğne batmasından duyulan acı) manevi tazminatı gerektirmez. Duyulan acı, ızdırap ve üzüntünün manevi tazminatı gerektirecek derecede olup olmadığını hakim takdir edecektir. Acı ve ızdırabın ağırlığı, uzun süre devam etmesi gibi

⁶⁴⁸ D.10.D., 10.4.1992 tarih ve E. 1990/3954, K. 1992/1362 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, s.1197.

⁶⁴⁹ D.10.D., 24.11.1982 tarih ve E. 1982/469, K. 1982/2357 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> 15 Kasım 2009.

⁶⁵⁰ D.10.D., 21.11.1999 tarih ve E.1998/190, K.1999/6198 sayılı kararı, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> 16 Ocak 2010.

⁶⁵¹ D.12.D., 06.03.1969 tarih ve E.1965/86, K. 1969/454, sayılı kararı, Esin, a.g.e., s. 201-202.

⁶⁵² AYİM. 2. Daire, 01.04.1993 tarih ve E.1992/70, K.1993/132 sayılı kararı, Özgüldür, a.g.e., s. 342.

⁶⁵³ D.12.D., 06.05.1968 tarih ve E.1968/989, K. 1970/2493, sayılı kararı, Esin, a.g.e., s. 151.

⁶⁵⁴ AYİM. 1. Daire, 01.12.1993 tarih ve Karar No: 93/54451EK sayılı kararı, (erişim), http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar, 16 Ocak 2010.

⁶⁵⁵ AYİM. 2. Daire, 03.03.1993 tarih ve Karar No: 92/251E. Karar No: 93/106K. sayılı kararı, (erişim), http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar, 16 Ocak 2010.

⁶⁵⁶ Akyılmaz, a.g.m., s. 209.

unsurlar manevi tazminata karar verilmesini haklı kılar.⁶⁵⁷ Ancak şunu da belirtmek gerekir ki; bedensel bütünlüğün ihlal edilmesi durumunda verilecek manevi tazminat, ekonomik yönden bir zarar doğup doğmadığına bakılmaksızın, bedensel zarardan kaynaklanan sırf bu acı ve üzüntü sebebiyledir.⁶⁵⁸

Bedensel zarar nedeniyle manevi tazminat talep etme hakkı kural olarak zarar görenin kendisine aittir. Ancak burada idari bir işlem ya da eylem nedeniyle beden bütünlüğünün ihlali halinde yansıma yoluyla zarara uğrayanların manevi tazminat talep edip edemeyecekleri sorunu önem arz etmektedir. Yargıtay önceleri cismani zarar nedeniyle manevi tazminat talep etme hakkının doğrudan beden tamlığı ihlal olunan kişiye ait olduğunu kabul etmekte iken,⁶⁵⁹ daha sonra bu görüşünden vazgeçerek beden tamlığı ihlal olunan kişinin yakınlarının da, bu nedenle acı, üzüntü ve sarsıntı duymaları ve ruhsal sarsıntı geçirmeleri halinde manevi tazminat talebinde bulunabileceklerini kabul etmiştir.⁶⁶⁰

Nitekim Yargıtay Genel Kurulu bir kararında; “İnceleme konusu olayda 7.5.1989 günü birlikte seyahat ettikleri sırada henüz sekiz aylık olan davacıların oğulları Erkan, çok ağır şekilde yaralanmış, hastanede tedavi sırasında iki defa ameliyat edilmesine rağmen iyileşememiş ve ¾ sene sonra yeniden ameliyatının gerektiği bildirilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Çocuklarının bu derece ağır vücut bütünlüğünün ihlali olayının davacılar ana ve babanın gözleri önünde cereyan etmesi, geçirdiği ameliyatlar ve henüz tedavi edilmemesi gibi durumlar hep birlikte gözetildiğinde, onun çok yakını olan davacıların ruhi ve asabi sağlık bütünlüğünün (davaya konu haksız eylem

⁶⁵⁷ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 697-698.

⁶⁵⁸ Karahasan, **Manevi Tazminat**, s. 96.

⁶⁵⁹ Y4HD., 21.12.1969 tarih ve K.1819 sayılı kararı, Gürsoy, a.g.e., 1972, s. 31.

⁶⁶⁰ Esin, a.g.e., s.451; Tekinay, “v.d.”, a.g.e., s.881-882; YHGK. 02.02.198 tarih ve 214/894 sayılı kararı, Oğuzman, Öz, a.g.e., 71 nolu dipnot, s. 697.

sebebiyle) ağır şekilde ihlal edildiği kabul edilmelidir. Aksinin kabulü ise hayatın olağan akışı ile bağdaşmaz.”⁶⁶¹ demiştir.

Danıştay Onuncu Dairesi’nin 20 Ekim 1999 tarih ve E.1997/721, K.1999/5266 sayılı kararına konu teşkil eden olayda, idarenin hizmet kusuru sonucu bir çocuk sakatlanmış, bu konuda açılan tazminat davasında idare mahkemesi, çocuk lehine maddi ve manevi tazminata hükmettikten başka, çocuğun annesi için de manevi tazminata hükmetmiş ve bu karar Danıştay Onuncu Dairesince onanmıştır.⁶⁶² Yine; “Atış eğitimi sırasında gözüne rastlayan bir mermi ile yaralanarak sakat kalan yedek subayın ana ve babasına ...oğullarının genç yaşta malul kalması nedeniyle duydukları ıstırapın kısmen de olsa telafisi için...” manevi tazminat verilmesine hükmetmiştir.⁶⁶³ Danıştay, “davacıların çocuğunun kreş ve gündüz bakımevinde işçi olarak çalışan AD isimli kişi tarafından tecavüze uğraması nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan dava da, sadece çocuk için değil ana ve baba için manevi tazminata” hükmeden idare mahkemesi kararını onamıştır.⁶⁶⁴

Bu konuda Askeri Yüksek İdare Mahkemesi; bedensel bütünlüğün ihlali nedeniyle oluşan bir zararın doğrudan bir zarar olması halinde manevi tazminata hükmetmekte, yansıma yoluyla oluşan bir zarar olduğuna kanaat getirmesi halinde ise; yansıma yoluyla acı, üzüntü ve ruhsal sarsıntı duyan kimselerin manevi tazminat taleplerini reddetmektedir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bir kararında bu içtihadının gerekçesini şu şekilde ortaya koymuştur; “...Borçlar Kanunu’nun 47. maddesi “hakim hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşer olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir” hükmüne amirdir. Bu maddeye göre manevi tazminat, cismani

⁶⁶¹ YHGK.26.04.1995 tarih ve E.1995/11-12, K.1995/430 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, s. 1208.

⁶⁶² D.10.D. 20.10.1999 tarih ve E.1997/721, K.1999/5266 sayılı kararı, Gözler, a.g.e., C. II, s. 1208.

⁶⁶³ D.12.D. 13.01.1968 tarih ve E.1967/579, K.1968/8 sayılı kararı, Esin, a.g.e., s. 474.

⁶⁶⁴ D.10.D., 16.06.1996 tarih ve E. 1996/4313, K. 1996/3477 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e, s. 391.

zarar maruz kalan kişiye veya adam öldüğü takdirde ölenin ailesine ödenebilecektir. Maddenin bu şekilde düzenleniş biçiminden cismani zarar halinde olaydan dolayı zarar görenlere manevi tazminat ödenmeyeceği anlaşılmaktadır. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.9 .1987 gün ve 1987/9 -183 Esas, 1987/655 sayılı kararında da açıklandığı gibi bir olay da kocanın erkeklik gücünü tamamen kaybetmesi halinde, evlilik birliğinin doğal sonucu olan bu zararın karı için de doğrudan gerçekleşmiş bir zarar olduğu açıktır. Burada evli kadının manevi zararları, duyacağı üzüntü mahrum kalacağı şeyler; yansıma suretiyle oluşan zararlar değil, doğrudan doğruya maruz kaldığı zararlardır. Bu nedenle kurulumuzca davacı..... ile birlikte eşi...’ında, bu olay sebebiyle duydukları ve ileride duyacakları üzüntüleri kısmen de hafifletebilmek için davacıya da manevi tazminat verilmesi kabul edilmiştir.”⁶⁶⁵

Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki; bedensel zarara uğrayan kişinin çok yakınlarının da aynı idari işlem ya da eylem nedeniyle doğrudan doğruya acı, üzüntü ve sarsıntı duymaları halinde, bedensel bütünlüklerinin bu nedenle zarar görmüş olduğunun kabulü gerekecektir. Böyle durumlarda, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya bir bedensel zarara maruz kalınmış olunmakta olup, sırf bu nedenle söz konusu kişilerin manevi tazminat talep etme haklarının bulunduğu kabul edilmektedir.⁶⁶⁶

Örneğin; Danıştay Onuncu Dairesi’nin 08.03.1984 tarih ve E.1982/587,, K.1984/534 sayılı kararına konu olayda; 24.12.1979 tarihinde davacıların murisleri olan Hüseyin Karakaş’ın polis memurları tarafından gözaltına alınmasından sonra rahatsızlanarak ölmesi olayında uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada

⁶⁶⁵ AYİM. 2. Daire, 06.05.1998 tarih ve E. 1997/255, K. 1998/364 sayılı kararı, Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s. 742; Aynı yönde; AYİM. 2. Daire, 03.05.1989 tarih ve E.1987/46, K.1989/138 sayılı kararı, AYİMKD, S.7, Kitap, s. 916-917, Ancak AYİM bir başka kararında; davacı eşin görev sırasında sakatlanıp cinsel gücünü yitiren eş ile sonradan evlenmesi halinde bu sakatlığını bilerek evlendiğinden manevi tazminat isteyemeyeceğine karar vermiştir. AYİM. 2. Daire, 12.03.1997 tarih ve 1068/265 sayılı kararı(erişim), http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_kararlar, 16 Kasım 2010.

⁶⁶⁶ Karahasan, **Manevi Tazminat**, s. 81-82.

Danıştay; "...sağlıklı bir genç olan davacıların murisine gerek yakalandıktan sonra Hacettepe Karakoluna götürülürken gerekse Karakolda görevli polis memurlarınca hayati tehlike tevlit etmeyecek şekilde darp edildiği bunu belirleyen sağ el sırtında ve lumbal bölgede erezyonlar bulunduğu anlaşılmıştır. Davacılardan İsmail Hakkı Karakaş'ın ve Nazik Karakaş'ın oğullarının, Hasan Karakaş, Zeynel Karakaş, Şehriban Karakaş'ın kardeşlerinin davalı idarenin yürüttüğü kamu görevi için kurduğu teşkilat içinde bulunan karakolda maruz bırakıldığı kötü muameleden dolayı elem ve ıstırap duymadıklarını söylemek mümkün değildir. ... İsmail Hakkı Karakaş'ın, Nazik Karakaş'ın, Hasan Karakaş, Zeynel Karakaş, Şehriban Karakaş'ın oğlu ve kardeşlerinin maruz bırakıldığı kötü muameleden dolayı duydukları elem ve ıstıرابı kısmen olsun gidermek amacıyla" manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.⁶⁶⁷

Kişinin temyiz kudretinden yoksunluk bağlamında medeni hakları kullanma ehliyetinden mahrum bulunması manevi tazminata hükmedilmesine engel teşkil etmeyecektir.⁶⁶⁸

Bedensel bütünlüğün ihlali nedeniyle oluşan manevi tazminatın takdirinde olayın meydana geliş şekli, oluşan zararın niteliği, bunun doğurduğu ve doğuracağı sonuçlar, zarar görenin ekonomik ve sosyal durumu, birlikte kusur (müterafık) kusurunun bulunup bulunmadığı hususları göz önünde bulundurulacaktır.⁶⁶⁹ Ayrıca zarar görenin ağır ruhsal bunalım ve üzüntüsünün, uzun süre devam edip etmediğini; maddi olarak uğramış olduğu zarar sebebiyle duyduğu elem ve ızdırabın yanında uzun süren tedavi sebebiyle maddi bir yükümlülük altına girip girmediğini; mesleki faaliyetini yapamayacak duruma gelmişse, yaşını, kariyerini, zarara uğramasaydı daha ne kadar faaliyetini yürütebileceğini; zararın sadece çalışabilir olmasını etkilemesi dışında, hayata olan bağlılığını etkileyip etkilemediğini; fiziki

⁶⁶⁷ D.10.D., 08.03.1984 tarih ve E.1982/587,, K.1984/534, D.D., Y.15, S.56-58-58-59, 1985, s. 402-403.

⁶⁶⁸ Armağan, a.g.e., 227.

⁶⁶⁹ Esin, a.g.e., s. 452.

görüntüsüne yönelik zararın, aşağılık duygusuna sebep olup olmadığını, gelecek korkusu yaratıp yaratmadığını, serbestçe kılık kıyafetini seçmesini engelleyip engellenmediği de dikkate alınacaktır.⁶⁷⁰

C. Kişilik Haklarına Saldırı Nedeniyle Manevi Zarar

Kişilik haklarına tecavüz kişiliğin kapsamına giren unsurlara olan tecavüzü ifade eder. Kişilik hakkı ise; şahsiyeti oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hakkı ifade etmektedir.⁶⁷¹ Kişilik haklarına yapılan tecavüz de tazmin edilmesi gereken bir zarar olarak kabul edilmektedir.⁶⁷² Yukarıda belirtildiği üzere Borçlar Kanunun 47. maddesi hayata, sıhhate ve beden bütünlüğüne karşı işlenen haksız fiiller dolayısıyla uğranılan tazminat ve bunun giderimi meselesini düzenlemekte iken, Borçlar Kanunun 49. maddesi, diğer bütün kişilik haklarının ihlalinde manevi tazminat talebinin şartlarına dair genel bir hüküm getirmektedir.⁶⁷³ Nitekim Borçlar Kanunun 49. maddesinin birinci fıkrasında “Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.” hükmü yer almaktadır. Yine Medeni Kanun’un 24. maddesinin birinci fıkrasında; hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir denilmiştir. Anayasanın Temel Haklar ve Hürriyetlerin niteliği başlığını taşıyan 12. maddesinde de, herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirtilmiş, yine Anayasanın 17. maddesinde ise, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip bulunduğu da düzenleme altına alınmıştır.

⁶⁷⁰ Akyılmaz, a.g.m., s. 210.

⁶⁷¹ Oğuzman, a.g.e., s. 681.

⁶⁷² Gözler, a.g.e., C. II, s. 1193.

⁶⁷³ Tekinay, v.d., a.g.e., s. 887.

Görüldüğü üzere, Anayasa ile kişilik hakları güvence altına alınmış, Medeni Kanunun 24 ve 24/a maddelerinde de, kişilik haklarına karşı yapılan saldırının dava yolu ile korunacağı belirtilmiş, BK'nın 49. maddesinde ise saldırının yaptırımı düzenlenmiştir. Kişilik haklarına saldırı konusunu düzenleyen Borçlar Kanunun 49. maddesi, manevi tazminata hükmedilebilmesi için açıkca zarar verenin kusurlu olması şartını aramaktadır. Farklı yönde kararlar olmakla birlikte, Danıştay içtihatlarının da bu yönde olduğu söylenebilir.⁶⁷⁴

Danıştay'a göre sadece, idarenin zarara neden olan davranışından hareketle, manevi zararın doğduğunun kabulü mümkün değildir. Olayda zarara neden olan idarenin faaliyetinin, ilgiliyi ne ölçüde etkilediğinin dikkate alınması zorunludur. Salt hizmet kusuru, zarar görenin kişilik haklarının ihlali olarak değerlendirilemeyecek, ilgilinin kişilik değerlerinin, idarenin kusurlu faaliyetinden etkilenmiş olması şartı aranacaktır. Bu bağlamda kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi zarara hükmedilebilmesi için Danıştay, olayda biraz da zararın niteliğini dikkate alarak, "ağır hizmet kusuru" aramakta, manevi zararın idarenin hukuka uygun eylem ve işleminden kaynaklanması halinde ya da idareye yüklenebilecek bir kusur bulunmaması durumunda manevi tazminat taleplerini reddetmektedir.⁶⁷⁵

Örneğin; Danıştay 8. Dairesi'nin 02.6.2009 tarih ve E.2007/9159, K2009/3776 sayılı kararına konu olayda, İstanbul Üniversitesi Ekonometri Bölümü öğrencisi olan davacının, mahkeme kararıyla iptal edilen yükseköğretim kurumundan iki yarıyıl uzaklaştırma cezası nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, Danıştay; "...işlemin iptalini gerektiren her hukuki yanlışlığı ve aykırılığı, kendiliğinden hizmet kusuru olarak nitelemek olanağı yoktur. İdare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlenmiştir diyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekir. Öte yandan her

⁶⁷⁴ Esin, a.g.e., s. 453.

⁶⁷⁵ Akyılmaz, a.g.m., s. 213-214.

elem ve ızdırabın da manevi tazminat ödenmesini gerektirmediği açık olup; tazminatın ödenebilmesi için ağır hizmet kusuru sonucu ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması ve şeref ve haysiyetin rencide edilmiş bulunması gerekmektedir. Bu durumda; Mahkemece iptal edilen disiplin cezası nedeniyle davacının hukuken korunması gerekli ölçüde şeref ve haysiyetinin ihlale uğradığından veya manevi tazminat yoluyla tatmin olması gerekli acı ve üzüntüye düştüğünden söz edilemeyeceğini...” belirterek manevi tazminat talebinin reddi gerektiğini vurgulamıştır.⁶⁷⁶

Yine Danıştay 8. Dairesi'nin 14.5.2009 tarih ve E.2007/7827, K.2009/3185 sayılı kararına konu olayda; Boğaziçi Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu öğrencisi olan davacının, 18.8.2003 tarihinde yapılan İngilizce dil sınavında başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada verilen iptal kararı üzerine, başarısız sayılma işlemi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazimini istemiyle açılan davada İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 20.6.2007 tarih ve E.2006/263, K.2007/1593 sayılı kararı ile “davalı idarece Mahkememe kararı gereği yerine getirilerek davacının notunun düzeltildiği ve başarılı kabul edildiği, ancak davacının 2004 yılında tekrar Öğrenci Seçme Sınavına girerek Marmara Üniversitesi İletişim Fakültesine 15.9.2004 tarihinde kayıt yaptırdığı ve öğrenimine bu Üniversitede devam ettiği, bu nedenle davalı idareye kaydının yapılması istemiyle bir başvurusunun olmadığı, bu durumda davacının girdiği sınava ilişkin olarak idarenin takdir yetkisinin kullanımında meydana gelen hata nedeniyle iptal kararı verildiği ve davacının da bu karar üzerine davalı idareye kayıt yaptıрма talebinde bulunmadığı dikkate alındığında, tazminatı gerektiren idarenin bir hizmet kusurundan bahsedilemeyeceği...” gerekçesiyle tazminat taleplerini reddetmiş, söz konusu karar Danıştay’ca onanmıştır.⁶⁷⁷

⁶⁷⁶ D.8.D. 02.6.2009 tarih ve E.2007/9159, K2009/3776 sayılı kararı, aynı yönde D.8.D. 02.06.2009 gün ve E.2007/8902, K.2009/3782 sayılı kararı, D.8.D. 02.06.2009 gün ve E.2007/9160, K.2009/3784 sayılı kararı.

⁶⁷⁷ D.8.D. 14.5.2009 tarih ve E.2007/7827, K.2009/3185 sayılı kararı.

Borçlar Kanunun 49. maddesi “Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi”den söz etmekle birlikte, şahsiyet hakkını tanımlamadığı gibi, bu hakkın hangi varlıklardan oluştuğunu da belirtmemiş, bu hususu öğretisi ve yargı kararlarına bırakmıştır. Bunun nedeni ise; şahsiyeti oluşturan unsurların teker teker sayılmasının mümkün olmaması ve zamanın değişen koşullarına ve ihtiyaçlarına göre yeni unsurların nazara alınması zorunluluğundan kaynaklanmaktadır.⁶⁷⁸ Kişilik hakları kavramı çok geniş olup buna pek çok manevi değer dahil olmaktadır. Özgürlük, namus, şan, şeref,⁶⁷⁹ onur (haysiyet), anı (hatıra) gibi değerlerle, kişinin özel yaşamına veya aile yaşamına ilişkin sırlar, meslek sırrı, isim ve fotoğraf üzerindeki haklar, ticari ve mesleki saygınlık (itibar), ün⁶⁸⁰ ve tüm sosyal ve siyasal haklar bu alana dahildir. Söz konusu kişilik değerlerinden birine yapılan saldırı (tecavüz) nedeniyle önemli ölçüde üzüntü ve acı duyan, ruhsal sarsıntı geçiren kişinin manevi zararlarının tazmin edilmesi gerekmektedir.⁶⁸¹

Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarına konu olmuş kişilik hakkı kapsamında değerlendirilen birçok hak bulunmaktadır. Örneğin; “...davacının atamasının güvenlik soruşturması nedeniyle reddedilmesi, bu bilgilerin dava sonunda çevresinde ve atanacağı kurumda öğrenilmesi nedeniyle kişilik hakları zedelendiği...”⁶⁸² “...onurlu ve saygın yaşama hakkı ağır bir şekilde zedelenen...”⁶⁸³, “Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı bünyesinde düzenlenen, yürütülen hizmetin niteliği gereği gizli kalması gerekirken basına sızdırılan belgede, davacı hakkında gerçeğe uygunluğu herhangi bir şekilde kanıtlanamayan suçlamalara yer verilmek suretiyle kişilik haklarının ağır bir biçimde”⁶⁸⁴ zedelendiği, “...Yeniden vatandaşlığa alınması

⁶⁷⁸ Kılıçoğlu, a.g.e., s.322; Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 681.

⁶⁷⁹ Gözler, a.g.e., C. II, s. 1193.

⁶⁸⁰ “Mesela bir heykeltraşın yaptığı anıt niteliğinde bir çeşmenin bakımsızlıktan yıkılması durumunda manevi bir zarar vardır.” Gözler, a.g.e., C. II, s. 1193.

⁶⁸¹ Esin, a.g.e., s.453; Eren, a.g.e., s.746; Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 681.

⁶⁸² D.10.D., 07.11.1996 tarih ve E.1995/3919, K.1996/7139 sayılı kararı, Atay, a.g.e., s. 686.

⁶⁸³ D.10.D., 02.10.2001 tarih ve E.1999/1184, K.2001/3325, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 20 Kasım 2009.

⁶⁸⁴ D.10.D., 02.10.2001 tarih ve E.1999/990, K.2001/3326, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 19 Ocak 2010.

isteminin hukuka aykırı bir şekilde reddedilmesiyle doğal kişilik haklarından olan vatandaşlık hakkını belli bir süreyle kazanamayan ve bu durumun kamuoyunda duyulmasıyla hakkında olumsuz düşünceler oluşan davacının toplumdaki her birey gibi onurlu ve saygın yaşama hakkı da zedelenmiştir. ...⁶⁸⁵, "...Olayda davacı, MİT den kaynaklanan, herhangi bir şekilde dayanak gösterilmeyen suçlamalarla karşı karşıya bırakılmıştır. Bu suçlamalardan dolayı kamuoyunda hakkında şüphe ve tereddütler doğan davacının, toplumdaki her birey gibi onurlu ve saygın yaşama hakkı ağır bir şekilde zedelenmiştir. ...⁶⁸⁶, "Yanlış olarak konulan AIDS teşhisi henüz kesinleşmeden hastalığın basına sızdırılması olayında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu açık olup ... bu olaydan dolayı duyduğu elem üzüntü ve sarsıntı nedeniyle..."⁶⁸⁷, "...emeklilik işlemlerinin geç tamamlanması nedeniyle davacının duyduğu acı ve üzüntü"⁶⁸⁸, "konut tahsis kurasına iştirak ettirilmeyen davacının bu işlem nedeniyle yaptığı uğraşlar ve çektiği manevi üzüntü yüzünden"⁶⁸⁹, "davacının sağlık nedeni yerine disiplinsizlikten emekliye sevkı nedeniyle duyduğu üzüntü nedeniyle"⁶⁹⁰, "...hukuk kuralları gözardı edilerek davacıya ait telefon konuşmalarının dinlenmesi ve bu durumun basında yer alması davacı hakkında gerek çevresinde gerekse kamuoyunda şüphe ve tereddütler doğmasına neden olduğundan hakları zedelenen davacının..."⁶⁹¹, "...Gülhane Askeri Tıp Akademisi içerisinde bulunan Milli Savunma Bakanlığına bağlı kreş ve gündüz bakımevine gönderilen Berkcan Ayan'ın sözkonusu kreşte işçi olarak çalışan Ahmet Değirmenci adlı kişi tarafından tecavüze uğraması nedeniyle..."⁶⁹², "...atanmasına ilişkin işlemin iptali yolunda verilmiş yargı kararı

⁶⁸⁵ D.10.D., 26.12.1996 tarih ve E.1994/5083, K.1996/8749, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 19 Ocak 2010.

⁶⁸⁶ D.10.D., 20.4.1989 tarih ve E.1988/1042, K.1989/857, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 19 Ocak 2010.

⁶⁸⁷ D.10.D., 31.1.1996 tarih ve E. 1994/5314, K. 1996/294 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e, s. 311-353.

⁶⁸⁸ D.10.D., 01.05.1984 tarih ve E. 1984/1041, K. 1984/910 sayılı kararı, D.D., S. 56-57, s. 400.

⁶⁸⁹ D.6.D., 21.05.1985 tarih ve E. 1985/143, K. 1985/880 sayılı kararı, D.D., S. 60-61, s. 277.

⁶⁹⁰ AYİM.1.D., 19.6.1990 tarih ve E. 1989/266, K. 1990/302, AYİMD, S.. 7, Kitap 2, s. 948.

⁶⁹¹ D.10.D., 21.1.2004 tarih ve E.2002/6052, K.2004/472, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 19 Ocak 2010.

⁶⁹² D.10.D., 11.6.1996 tarih ve E.1996/4313, K.1996/3477, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 19 Ocak 2010.

uygulanmamak suretiyle, duyduğu üzüntü nedeniyle...”⁶⁹³, “...bir öğretim üyesi olarak, arkadaşlarından üç yıl sonra eser verme durumuna düşmesi elem ve ızdırabı karşılamak üzere...”⁶⁹⁴, “...davacının Genel Başkanı olduğu derneğin ve dernek yönetimi ile ilgili tasarrufların kamuoyu tarafından yakından izlenmesi nedeniyle davacı hakkında tesis edilen işlemler de kamuoyunun bilgisi dahilindedir. Bu nedenle davacı hakkında verilen yargı kararının uygulanmamasının davacının kişisel haklarının zedelenmesine ve üzüntüsüne neden olduğu açıktır. ...”⁶⁹⁵, “...sanatçının sanat değerinin kamuoyuna eksik sunulmasının sebep olduğu üzüntü...”⁶⁹⁶, “...Sosyal Sigortalar Kurumu ... Hastanesinde tedavi görmekte iken doktor kıyafeti giymiş bir kişi tarafından tecavüz girişiminde bulunulan davacının ... ağır bir üzüntü ve ruhsal sıkıntı duyduğu ve yaşamı boyunca da bu durumun manevi ve ruhi etkisi altında kalabileceği...”⁶⁹⁷, “...davacının duyduğu elem ve sıkıntıların yargı kararının gereğinin yerine getirilmemiş olması nedeniyle halen devam ettiği...”⁶⁹⁸, “İspanya Hükümetinin verdiği bursu kazanmasına karşın sakıncalı olduğu gerekçesiyle gönderilmeyen davacının duyduğu elem ve üzüntü”⁶⁹⁹, gibi hallerde kişilik haklarının ihlali nedeniyle manevi tazminat ödenmesine karar verilmektedir.

Medeni Kanun’un 24. maddesinin 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 saldırı hukuka aykırıdır.” hükmü yer almaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca, bir kimsenin şahsiyetine yönelmiş

⁶⁹³ D.2.D., 13.7.2007 tarih ve E.2007/1297, K.2007/3247, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 19 Ocak 2010.

⁶⁹⁴ D.12.D., 18.11.1970 tarih ve E. 1969/957, K. 1970/2040 sayılı kararı, Esin, a.g.e., s. 47.

⁶⁹⁵ D.10.D., 27.2.2007 tarih ve E.2004/13990, K.2007/739, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 19 Ocak 2010.

⁶⁹⁶ D.12.D.’sinin, 18.12.1972 tarih ve K. 1972/4142 sayılı kararı, D.D., S. 11, s. 450.

⁶⁹⁷ D.10.D., 09.2.2000 tarih ve E.1998/4977, K.2000/380, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 25 Ocak 2010.

⁶⁹⁸ D.İ.D.D.G.K., 16.6.2005 tarih ve E.2003/591, K.2005/2154, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 25 Ocak 2010.

⁶⁹⁹ D.8.D., 16.10.1992 tarih ve E.1992/2171, K.1992/2403, (erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 25 Ocak 2010.

bir tecavüz bir mutlak hakkı ihlal etmesi sebebiyle hukuka aykırı olacaktır. Ancak hukuka aykırılığı önleyecek bir sebebin varlığı, şahsiyete yönelik tecavüzü hukuka aykırı olmaktan kurtarır.⁷⁰⁰ Bununla kişilik haklarının belli sınırlar içinde korunmasını öngörmüş, tüm saldırılara karşı değil, sadece hukuka aykırı saldırılara karşı bir koruma mekanizması getirilmiştir.⁷⁰¹

Kural olarak şahsiyet hakkına konu teşkil etmeyen maddi bir eşyaya zarar verilmesi halinde manevi zarar doğmamaktadır. Yeter ki, o şeye duyulan manevi ilgi ve bağ dolayısıyla bir şahsi varlık ihlal edilmiş, kişinin manevi değerlerinde bir eksilme olmuş olmasın. Yani Borçlar Kanunun 49. maddesi hükmü uyarınca manevi tazminat, şahsiyet hakları dışında kişinin malvarlığının yani maddi bir eşyanın (taşınır ve taşınmaz) zarar görmesi halinde de ortaya çıkabilmektedir. Örneğin; anı değeri oldukça yüksek olan bir eşyanın, zarar görmesi halinde kişinin bundan dolayı büyük üzüntü ve acı duyması gündeme gelebilir.⁷⁰² Zira manevi tazminatta, zarara neden olan faaliyetin neye yönelik olduğunun önemi bulunmamakta, bu faaliyet sonucu kişinin manevi değerlerinde bir azalma meydana gelip gelmediği hususu önem arz etmektedir. Danıştay, idarenin hizmet kusuru ile “baba yadigarı” bir eşyaya zarar vermesi halinde maddi tazminatın yanında manevi tazminata da hükmetmektedir.⁷⁰³

Tüzel kişilere kişilik haklarının ihlali nedeniyle manevi tazminat verilir verilemeyeceği sorunu da öğretide uzun süre tartışma konusu yapılmıştır. Bugün, gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de kişilik haklarına yapılan saldırılar nedeniyle manevi tazminat isteyebilecekleri doktrin ve uygulama tarafından kabul edilmektedir.⁷⁰⁴ Tüzel kişiler de gerçek kişiler gibi kişilik hakkına

⁷⁰⁰ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 682.

⁷⁰¹ Gönen, a.g.m., s. 31.

⁷⁰² Esin, a.g.e., s.453; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 292.

⁷⁰³ D.12.D., 13.10.1967 tarih ve E.1966/2365, K.1967/1546 sayılı kararı, Akyılmaz, a.g.m., s. 214-215.

⁷⁰⁴ Esin, a.g.e., s. 453; aksi yönde Ahmet Kılıçoğlu, “Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi?”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1983, S.I, s. 290. “Manevi zarar bir kimsenin ruhsal yaşamındaki sarsıntı ve çöküntü, duyduğu acı, elem ve ızdıraptır. Manevi tazminat ise bu elem, acı ve

sahiptirler. Tüzel kişilerin de gerçek kişiler gibi ismi, unvanı, şeref ve haysiyeti, ticari kredisi, sır yaşamı gibi kişisel değerleri ve bunlardan müteşekkil bir kişilik hakkı mevcuttur.⁷⁰⁵ Tüzel kişi lehine manevi tazminat hükmedilebilmesi için, idarenin herhangi bir işlemi ya da eylemi nedeniyle doğrudan tüzel kişiliğin bir özgürlüğünün elinden alınması ya da kişilik haklarına saldırı olması,⁷⁰⁶ idarenin hukuka aykırı tasarrufuyla, tüzel kişiliğin itibarının zedelenmesi veya tüzel kişiliğin faaliyetlerini açıkça olumsuz biçimde etkilemesine bağlıdır.⁷⁰⁷ Yoksa tüzel kişinin herhangi bir üyesinin uğrayacağı manevi zarar tazminat hakkı doğurmayacaktır. Örneğin; “idari eylem nedeniyle maddi ve manevi zarar gören kişinin avukat olması aynı zamanda baronun da manevi kişiliğinin zarara uğraması sonucunu doğurmaz”⁷⁰⁸. Yine bir mesleğin mensuplarına yöneltmiş bir tecavüzün o mesleğe mensup her şahsı kapsamına aldığı söylenemez.⁷⁰⁹

Danıştay kararlarının da bu yönde olduğu görülmektedir.⁷¹⁰ Örneğin Danıştay’a göre “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

ızdırabın karşılanmasına yönelik bir tatmin ve tamir yoludur. Tüzel kişilerin yapıları gereği böyle bir zarara uğramaları ve bunun giderilmesini istemeleri olanaksızdır.”

⁷⁰⁵ Kılıçoğlu, a.g.m., s. 290.

⁷⁰⁶ Akyılmaz, a.g.m., s.215.

⁷⁰⁷ D.10.D., 29.11.1995 tarih ve E. 1994/6009, K. 1995/6222 sayılı kararı, Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e, s. 400.

⁷⁰⁸ D.12.D., 28.06.1979 tarih ve E.1977/3388, K.1979/3838 sayılı kararı, Akyılmaz, a.g.m., s. 215.

⁷⁰⁹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 684.

⁷¹⁰ Ancak, Danıştay Onuncu Dairesinin 06.02.1997 tarih ve E.1995/7989, K.1997/260 sayılı kararına konu teşkil eden olayda idare mahkemesince “...Dernek tüzel kişiliğinin manevi zarara uğramış olacağının kabul edilemeyeceği...” gerekçesiyle manevi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir, anılan kararın maddi tazminata ilişkin kısmı davalı idarece temyiz olunmuştur. (Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e, s. 967).

sorumluluğunun varlığı kabul edilebilir.”⁷¹¹ Yine Danıştay’a göre, “idari işlem veya eylemden zarar gören, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir ve tüzel kişinin uğradığı maddi ve manevi zarar, idare hukukunun tazminat ile ilgili kuralları çerçevesinde giderilebilir.”⁷¹²

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir nokta ise; kişilik haklarına saldırılan kişiden başka, yansıma yoluyla manevi zarara uğrayanların manevi tazminat talep edip edemeyecekleridir. Doktrinde, yansıma yoluyla manevi zarara uğrayanlara, Borçlar Kanunun 47. maddesinde adam ölmesi halinde olduğu gibi özel olarak dava hakkı tanınmadıkça, manevi tazminat talebi hakkı tanınmasının, hukuka aykırılık bağı bulunmaması sebebiyle hukuki temelden yoksun olacağı kabul edilmektedir. Ancak bir kimsenin hukuka aykırı olarak kişilik hakları tecavüze uğraması, aynı zamanda birden çok şahsın da kişilik haklarının doğrudan doğruya zarar görmesi durumunu doğurabilir. Bu halde doğrudan doğruya etkilenen yakınların da manevi tazminat isteyebileceklerini belirtmek gerekir. Burada yansıma yoluyla manevi zarar değil, doğrudan doğruya uğranılan manevi zarar söz konusudur.⁷¹³ Kişilik haklarına yapılan saldırıların bazı durumlarda o kişinin yakınlarının da doğrudan doğruya acı ve elem duymalarına neden olabileceği bilinmektedir. Özellikle, kişinin aile bütünlüğüne yönelen bu tür saldırılar neticesinde saldırıya maruz kalanın yakınlarının da doğrudan doğruya zarara uğradıkları kabul edilmektedir.⁷¹⁴ Yukarıda da belirtildiği gibi, kişilik haklarına saldırıda bulunulan kişinin - aynı eylem nedeniyle “doğrudan doğruya” zarara uğrayan yakınlarının da manevi tazminat talep edebilecekleri görüşü gerek adli yargı gerekse idari yargı tarafından benimsenmiştir.⁷¹⁵

⁷¹¹ D.10.D., 27.4.2000 tarih ve E. 1997/3081, K. 2000/1961 sayılı kararı, (Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e, s. 751).

⁷¹² D.12.D., 28.6.1979 tarih ve E. 1977/3288, K. 1979/2828 sayılı kararı, (Akyılmaz, a.g.e., s. 215).

⁷¹³ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 683.

⁷¹⁴ Karahasan, a.g.e., s. 957.

⁷¹⁵ Özgüldür, a.g.e., s. 334-335.

Kişilik hakları nedeniyle manevi tazminata hükmedilirken; hizmet kusurunun ağırlık derecesi, saldırıya uğrayanın ekonomik ve sosyal durumu, saldırının niteliği ve doğurduğu sonuçlar, birlikte (müterafık) kusur gibi unsurlar göz önünde bulundurulacaktır.⁷¹⁶

⁷¹⁶ Esin, a.g.e., s. 453.

SONUÇ

Kamu gücünün sorumluluğu, bir yandan modern toplumlarda bireyin öneminin artması diğer yandan hukuk devleti, sosyal devlet ve demokratik devlet ilkelerinin gelişimi ile paralellik göstermiştir. Kamu gücünün sorumluluğunun söz konusu olmadığı dönemden bu güne değin geline nokta da, artık bireylerin uğradıkları zararlardan kusurlu yada kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde, hatta nedensellik bağı aranmadan dahi kamu gücü tazminle yükümlü tutulabilmektedir. Bugün üzerinde durulan ve tartışılan konu, kamu gücünün sorumluluğundan ziyade, zararın giderimi, bu bağlamda da zararın ne olduğu, zarardan kim ya da kimlerin sorumlu olduğu, kim ya da kimlerin uğradığı zararın giderim kapsamında bulunduğu, tazmini gereken zararın nelerden oluştuğu ve niteliklerinin neler olduğu hususlarıdır.

İdare kendi işlem ve eyleminden kaynaklanan zararı tazmin edecektir. Bu zorunluluk idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açık tutan ve bundan dolayı uğranılan zararların tazmininde idareyi mutlak sorumlu kılan Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının sorumluluk anlayışından kaynaklanmaktadır. Yine bu zorunluluk Anayasada ifade olunan sosyal hukuk devleti olmanın da doğal bir sonucudur. Ancak idarenin sorumlu olduğu Anayasada açıkça düzenlenmekle birlikte, sorumluluğun esasları belirtilmemiş, bu esaslar yargı kararları ve doktrin doğrultusunda gelişip şekillenmiştir.

Anayasamızda Yürütme ve idare alanında sorumluluk ilkesi net olarak ortaya konulmakla birlikte yasama ve yargı Fonksiyonları dolayısıyla kişiler açısından meydana gelen zararların sorumluluk doğurup doğurmayacağı konusunda bir düzenleme getirilmemiştir. Ülkemizde yürütme ve idarenin tutum ve davranışları sonucu verdiği zararların tazmini tartışmasız olarak kabul olunurken, Yasama ve Yargı organlarının faaliyetleri nedeniyle sebebiyet verdikleri zararların tazmini henüz kesin olarak kabul olunmamıştır.

Nitekim Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Yasama ve Yargı Faaliyetlerinden dolayı devletin mali sorumluluğunun bulunmadığı görüşündedir.

Sorumluluğun önemli unsurlarından birini oluşturan ve tam yargı davasının esasını teşkil eden zararın tanımı kanun metninde yapılmadığından yargı kararları ve öğretide tarafından ortaya konulmuştur. Zarar kavramı; hukuken himaye edilen maddi ve manevi varlıkların, ihlal edilmesinden önceki ve sonraki halleri arasında meydana gelmiş olan menfi farkı ifade etmektedir. Dar anlamda zarar yalnızca maddi zararı kapsadığı halde geniş anlamda zarar maddi zarar yanında manevi zararı da içine almaktadır.

Kamu gücünün tutum ve davranışları nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulabilmesi için meydana gelen zararın birtakım özelliklere sahip olması gerekmektedir.

İdarenin tazmin borcunun doğabilmesi için öncelikle zarar gerçekleşmiş ve kesin olmalıdır. Bu bağlamda güncel, hâlihazır zararların ve gelecekte gerçekleşeceği kaçınılmaz olan zararların tazmini gerekecektir.

Tazmini gereken zarar hukuken korunan bir menfaatin ihlali olarak ortaya çıkmış olmalı, zararın giderilmesini isteyen kişinin hukukça korunan bir hak ve çıkara sahip olması gerekmektedir. Zira hukuka aykırı ve gayrimeşru durumda bulunan kişilerin uğradıkları zararlardan idareyi tazminle sorumlu tutmak mümkün değildir.

Zarar parayla ölçülebilir nitelikte olmalıdır. Bu durum, İdare hukukunun niteliği gereği aynen tazmin ilkesinin değil, nakden tazmin ilkesinin geçerli olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim Danıştay'da tazmini gereken zararın parayla ölçülebilecek türden gerçekleşmesini aramaktadır.

Zarar özel bir nitelik taşımalıdır. Herkesi içine alan bir kamu külfeti biçiminde ortaya çıkan genel nitelikteki zararlardan dolayı idare tüzel kişiliği sorumlu tutabilme olanağı yoktur. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, ancak belirli kişi veya kişilerin eşitlik dengesini bozan özel ve olağandışı zararlarını ödemekle yükümlü tutulabilir.

İdarenin tazmin sorumluluğu, bu bağlamda da zararın kapsamı konusunda kamu hukuku rejimi hakim olacağı gibi, uyuşmazlıkların çözüm yeri de idari yargıdır. Ancak hukukun gelişen ve birbirini etkileyen yönü nedeniyle idari tazminat hukukunda elverdiği ölçüde özel hukuk kurallarından yararlanılmaktadır.

Sonuç olarak kamu gücünün sorumluluğu hususunda bugün gelinen nokta; devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin tutum ve davranışları sonucu birey ve topluluklarına verdikleri zarardan sorumlu olduklarıdır. Ancak devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tazminle yükümlü tutulabilmeleri için de; oluşan zararın yukarıda belirtilen nitelikleri bünyesinde taşıması gerekmektedir. Sorumluluğu tespit edilen hukuk süjesini, belirtilen niteliklere haiz olmayan bir zarar nedeniyle tazmin yükümlülüğü altına sokmak mümkün değildir.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Çiğdem, 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilen Medeni Kanunun 24 ve 24 a, Borçlar Kanununun 49 uncu Maddelerine Göre, Kişilik Hakkının İhlalinden Doğan Manevi Tazminat Talebinin Hukuki Niteliği ve Şartları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1989.

AKGÜL, Aydın, Tam Yargı Davalarında Zararın, Tamamıyla Zarar Görenin Kusurundan Kaynaklanması, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl:4, Sayı:32, Nisan 2009, s. 112-125.

AKYILMAZ, Bahtiyar, “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1998, C.6.

AKYILMAZ, Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 152-219.

AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

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

ATAY, E. Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2009.

ATAY, E. Ethem, ODABAŞI, Hasan, GÖKCAN, Hasan Tahsin, (Teori ve Yargı Kararları Işığında) **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin, 2003.

AZRAK, Ali Ülkü, “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, III Sempozyumu, İÜHFY, No:662, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

BAL, Yakup, ŞAHİN, Yahya, KARABULUT, Mustafa, **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

BAŞ, Zuhale Bereket, “İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Sağlanmasının Aracı Olarak Tam Yargı Davaları”, Tam Yargı Davaları, “İdari Yargı” Panel, 11-12 Nisan 2003, Mersin, s.306-401.

BAŞPINAR, Recep, “Tam Yargı Davaları”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, 2. Bası, Ankara, 1986, s. 481-511.

BÜLBÜL, İhsan. “Manevra ve Atışlardan Doğan Zararlar Nedeniyle Devletin Hukuki Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, S.B.E., 1996 ANKARA.

CANDAN Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

DELCROS Xavier, Bertrand DELCROS, HARLOW Carol, DISTEL Michel, Fransız Hukuk Sisteminde İdari Sorumluluk Rejimi; Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu, Çeviren; Turgut Candan, Danıştay Yayını, No:39, Ankara, 1984.

DEMİRKOL Selami, TEKİN M. Önder, TOKTAŞ Nihat, **Danıştay İdari Dava Daireleri Karar Özetleri**, Genişletilmiş ve Değiştirilmiş İkinci Baskı, Beta, İstanbul 2006.

DERBİL, Süheyp, N., İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş Beşinci Bası, AÜHFY, No.133, Ankara 1959.

DURAN, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, TODAİE Yayını, No. 138, Ankara, 1974.

DÜREN, Akın, İdare Hukuku Dersleri, AÜHFY, No. 447, Ankara 1979.

EKMEKÇİ, Ömer, Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının Unsurları, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu, 12-13 Nisan 1996, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1996.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Beta Yayınları, 10. Baskı, İstanbul, 2008.

ERKUT, Celal, “İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı”, 2000Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11.12 Mayıs 2000.

ERKUT, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Doktora Tezi, Danıştay Yayını, No.51, Ankara, 1991.

ESİN, Yüksel, **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları**, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1976.

- GÖNEN, K. Eren, İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi, **Danıştay Dergisi**, Y.34 S.108, 2004,
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2003.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, - Turgut. TAN, **İdare Hukuku C.2 İdari Yargılama Hukuku**, güncelleştirilmiş 3. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, 27. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 29. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- GÜLEÇ UÇAKHAN, Sema, **Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması**, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2008.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2004.
- GÜRAN, Sait, Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, 12-13 Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- GÜRBÜZ, Metin, **Beden Tamliğının İhlali ve Ölüm Hallerinde Doğan Maddi Zararın Hesaplanması ve Tazminatın Tayini**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.
- GÜRSOY Kemal Tahir, "Manevi Zarar ve Tazmini", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXX, S.1-4, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s.7-38.
- GÜRSOY, Kemal Tahir, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1972, No.1-2, S.29.
- GÜRSOY, Kemal Tahir, "İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, III Sempozyumu, İÜHFY, No:662, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- GÜRSOY, Kemal Tahir, "Manevi Zarar ve Tazmini", **AÜHFD**, C.30, Yıl 1973, S.1-4.
- KAPLAN, Gürsel, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu, **AÜHFD**, 2006, c. 55.

KARAHASAN, Mustafa Reşit, **Tazminat Hukuku Maddi Tazminat**, Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş Altınca Baskı, Beta, İstanbul, 2001.

KARAHASAN, Mustafa Reşit, **Tazminat Hukuku Manevi Tazminat**, Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş Altınca Baskı, Beta, İstanbul, 2001.

KAYA, Cemil, **İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

KILIÇOĞLU, M. Ahmet, "Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi?", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1983, S.I, s.287-294.

KILIÇOĞLU, M. Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, 10. Bası, Ankara 2008.

KILIÇOĞLU, Mustafa, **Tazminat Esasları ve Hesaplama Yöntemleri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Adil Yayınevi, Ankara, 2008.

KIRCA, Çiğdem, Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği, YD. 1999, S. 3, C. 25, s.242-270.

OĞUZMAN, M. Kemal, ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Altıncı Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

OĞUZMAN, M. Kemal, SELİÇİ, Seliçi, SAİBE, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 9. Baskı, İstanbul 2009.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, İstanbul, 1966.

OZANSOY Cüneyt, "Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Sorumluluğu", Yayımlanmamış Doktora Tezi, AÜSBF., Ankara 1989.

ÖZAY, İl Han, **Gün Işığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

ÖZAY, İl Han, **Yargısal Korunma**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1999.

ÖZBUDUN, Ergün, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, 2009.

ÖZDEMİR, Necdet, **Hizmet KUSURU Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963.

ÖZGÜLDÜR, Serdar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Doktora Tezi, İstanbul, 1994.

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

ÖZSUNAY Ergun, “Çeşitli Hukuk Çevrelerinde Manevi Zarar Kavramı ve Manevi Zararın Giderimine İlişkin Çözümler”, Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999.

ÖZYÖRÜK, Mukbil, İdare Hukuku- İdari Yargı- Ders Notları (Teksir), Ankara, 1977.

REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yirmidördüncü Bası, Beta, İstanbul 2010.

SARICA Ragıp, “İdari Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl X-1944, C.X, S.3-4, s.486-514.

SARICA, Ragıp, **İdari Kaza**, C.I, İdari Davalar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949.

SERATLI, Gaye Burcu, **İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

SEROZAN, Rona, Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, No.239, Ankara, 1990.

TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, AÜHFY, No:159, Ankara 1961.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk, ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beşinci Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985.

TOPUZ İbrahim, ÖZKAYA Kadir, **Açıklamalı - İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2002.

TUĞSAVUL Muhsin, “Cismani Zarar ve Adam Ölmesi Hallerinde Maddi Tazminatın Hesabı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 23, Sayı:5-1966, s.852-873.

TUNÇ, Hasan, BİLİR, Faruk, **Anayasa Hukuku Uygulamaları**, Örnek Çözümlü Olaylar, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, Ağustos 2005.

TUNÇ, Hasan, BİLİR, Faruk, **Anayasa Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005.

TUNÇOMAĞ, Kenan, **Borçlar Hukuku Dersleri**, Genel Hükümler, C.I, Fakülteler Matbası, İstanbul 1965.

Türk Hukuk Lügati, Türk Hukuk Kurumu Yayını, 3. Baskı Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991.

ÜNLÜÇAY, Mehmet, “İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu”, **Danıştay Dergisi**, Yıl:28, S:94, Ankara 1998.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, ÖZDEMİR, Refet, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)**, Yargıtay Yayını, No.19, Ankara, 1987.

YAYLA, Yıldızhan, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, III Sempozyumu, İÜHFY, No:662, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku I**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

YENİCE, Kazım, ESİN, Yüksel, **Açıklamalı- İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arisan Matbaası, Ankara 1983.

YET, Orhun, “İptal Kararlarının Uygulanmasında Maddi ve Hukuki İmkansızlık”, **TMSF Çatı**, Yıl 2, Sayı: 13, Nisan-Mayıs-Haziran 2007.

YILDIRIM, Resul, İdari Para Cezaları Karşısında Yargısal Korunma, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2005.

YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Yenilenmiş 8. Baskı, Ankara, 2005.

ZABUNOĞLU, Yahya, İdari Yargı Hukuku Dersleri, Teksir, (Ders Notları) Ankara, 1982.

ÖZET

AKINCILAR, Orhan, İdari Yargı Kararları Çerçevesinde Maddi ve Manevi Zarar, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

Sorumluluk hukukunun amacı kamu gücünün kullanımı nedeniyle gerçekleşen gerçek zararın tazmininin sağlanmasıdır. Ancak pozitif hukukumuzda anayasal ve yasal olarak idarenin sorumluluğu ortaya konulmuş olmakla birlikte, onun dayandırılabilceği esaslar hakkında herhangi bir açık hükme yer verilmemiştir. Bu konuda var olan boşluk idari yargı yerlerince ortaya konulan içtihatlar ile doldurulmaya çalışılmakta ve de öğreti tarafından söz konusu içtihatlar sistematik hale getirilmektedir. Zarar kavramı; hukuken himaye edilen maddi ve manevi varlıkların, ihlal edilmesinden önceki ve sonraki halleri arasında meydana gelmiş olan menfi farkı ifade etmektedir. Zarar, ilk bakışta çok belirgin ve kolay saptanabilecek bir durum gibi görünmekte ise de, tayin ve tespit edilmeye çalışıldığında çok yönlü bir kavram olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle idarenin tazmin sorumluluğu ve idarenin tazmin sorumluluğunun Anayasa'da düzenleniş biçimi, zararın neyi ifade ettiği, idari işlem ya da eylem nedeniyle kim ya da kimlerin zarara uğradığı bu çalışmanın kapsamını oluşturmaktadır.

Anahtar Sözcükler

1. Maddi zarar
2. Manevi zarar
3. İdarenin tazmin sorumluluğu
4. Maddi tazminat
5. Manevi tazminat

ABSTRACT

AKINCILAR, Orhan, Material and Moral Damages in the frameworks of the administrative judicial decisions, Master Thesis, Ankara, 2010.

Purpose of the liability law is to provide compensation of actual damages which caused by the use of public power. Although in the Turkish Positive Law as constitutional and legal, the responsibility of the administration has been put forward, the principles of provisions of the liability has not been included. Task to remedy the loopholes in the subjects forming the principles of the liability is assigned to judicial bodies and the doctrine makes such caselaws systematic. Damage means, the negative difference between the next aspect and the before when the violation occurred in the tangible and intangible assets which are under the legal auspices. Although the damage is foreseen as a condition that can be determined clearly and easily it can be understood that damage is a well-rounded concept when we try to name and designate its attributes. In this regard, responsibility of the administration of compensation and responsibility of the administration of the compensation arrangement in the Constitution, what the damage is expressed, due to administrative procedures or who acts or who has suffered constitutes the scope of this work.

Key Words

1. Material damage
2. Moral damage
3. Responsibility of the administration of compensation
4. Money damages
5. General damages