

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

**İDARENİN SORUMLULUĞUNU GEREKTİREN ZARAR
KAVRAMI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Selda WADOOD**

Ankara - 2009

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

**İDARENİN SORUMLULUĞUNU GEREKTİREN ZARAR
KAVRAMI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Selda WADOOD**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ**

Ankara – 2009

ONAY

Selda WADOOD tarafından hazırlanan "İdarenin Sorumluluğunu Gerektiren Zarar Kavramı" başlıklı bu çalışma, [22/12/2009] tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda (oybirliği/oyçokluğu) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuk – İdare Hukuku dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

[İ m z a]

Vahit Doğan

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

.....

[İ m z a]

Bahriye Akıncı

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

.....

[İ m z a]

.....

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

.....

İÇİNDEKİLERİ

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ SORUMLULUK KAVRAMI VE İDARENİN SORUMLULUK ŞARTLARI

I. İDARİ SORUMLULUK KAVRAMI VE DAYANAKLAR	3
A. İDARENİN SORUMLULUĞU	3
B. İDARENİN SORUMLULUĞUNUN DAYANAĞI	5
1. Sözleşmeden Doğan (Akdi) İdari Sorumluluk	5
2. İdari İşlem Ve Eylemden Doğan İdari Sorumluluk.....	6
a. Kusurlu Sorumluluk	6
aa. Hizmet Kusuru	7
aaa. Hizmet Kusuru Tanımı ve Özellikleri	7
bbb.Hizmet Kusurunun Somut Görüntüleri	8
1. Hizmetin Kötü İşlemesi	8
2. Hizmetin Geç İşlemesi	9
3. Hizmetin Hiç İşlememesi	10
bb. Kişisel Kusur	11
aaa. Kişisel Kusur Tanımı.....	11
bbb. Kişisel Kusur Sayılan Durumlar	11
1. Kamu Görevlilerinin Suç Niteliği Taşıyan Eyl.....	12
2.Yargı Kararlarına Uymama	12
3. Kamu Görevlilerinin Kötü Niyetli Davranışları.....	12
4. Ağır Kusur Hali	13
5. Hizmet Kusuru İle Kişisel Kusurun İç içe Olması	13

b. Kusursuz Sorumluluk	13
aa. Tehlike.....	14
aaa. Tehlike İlkesinin Tanımı	14
bbb. TEHLİKE İLKESİNİN UYGULANDIĞI HALLER	15
1). İdarenin Tehlikeli Faaliyetleri ve Araç- Gereçleri	15
2). Mesleki Risk	16
3). Sosyal Risk İlkesi	16
bb. Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi (Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi)	17
II. İDARENİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI.....	19
A. FİİL	19
B.KUSUR.....	21
1. Kusurun Tanımı	21
2. Kusurun Çeşitleri	22
C. ZARAR	25
D. İLLİYET BAĞI	26

İKİNCİ BÖLÜM

ZARAR KAVRAMI, TANIMI, UNSURLARI VE ÇEŞİTLERİ

I. ZARAR KAVRAMI	27
II. ZARARIN UNSURLARI	29
A. MALVARLIĞI / KİŞİ VARLIĞI	29
B. MALVARLIĞININ AZALMASI	30
C. MALVARLIĞINDAKİ AZALMANIN İRADE DIŞI MEYDANA GELMESİ	31
III. ZARARIN ÇEŞİTLERİ	32
A. DOĞRUDAN ZARAR- DOLAYLI ZARAR.....	32
1. Doğrudan Zarar	33

2. Dolaylı Zarar	33
a. Ölüm Nedeniyle Dolaylı (Yansıyan) Zararlar	34
b. Bedensel Zaraların Yansıması	36
B. FİİLİ ZARAR- KAZANÇ KAYBI ZARARI	37
C. NORMATİF ZARAR	37
D. MADDİ ZARAR- MANEVİ ZARAR	38
1. Maddi Zararlar	38
a. Maddi Zararın Tanımı	38
b. Maddi Zararın Çeşitleri	39
aa. Mala Verilen Zararlar	39
bb. Kişiyeye Verilen Zararlar	40
cc. Fiili Zarar	41
dd. Yoksun Kalınan Zarar	41
2. Manevi Zararlar	43
a. Genel Olarak Manevi Zarar	43
b. Manevi Zararın Çeşitleri	45
aa. Şeref ve Haysiyete Verilen Zararlar	46
bb. Özel Yaşama Verilen Zararlar	46
aaa. Ortak Yaşam Alanına Gelen Zararlar	46
bbb. Dar Anlamda Yaşam Alanına Gelen Zararlar	47
ccc. Sır Alanın İhlali Sonucu Meydana Gelen Zararlar	47
cc. Ses- İsim ve Resme Saldırı Sonucu Meydana Gelen Zararlar.....	47
dd. Özgürlüklere Saldırı Sonucu Meydana Gelen Zararlar.....	47
ee. Basın Yoluyla Kişilik Hakkına Saldırı Halinde Meydana Gelen Zararlar.....	48
ff. Estetik Zararlar	49
gg. Fiziksel Acı	49
hh. Manevi Acı.....	51
E . SOMUT ZARAR – SOYUT ZARAR	50

F. MUNZAM ZARAR	51
G. MUSPET ZARAR- MENFİ ZARAR.....	53
1. Müspet (Olumlu) Zarar	53
2. Menfi Zarar	54
H. KİŞİSEL ZARAR MALA ZARAR	54
1. Kişisel Zarar	54
2. Mala Zarar	55
IV. İDARENİN ÖZEL HUKUKTAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU	55

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARENİN SORUMLULUĞUNU GEREKTİREN ZARARIN KAYNAGI VE ÖZELLİKLERİ

I. İDARİ FAALİYETLERE GÖRE ZARAR.....	57
A. İdari İşlemden Doğan Zarar	57
B. İdari İşlemin Uygulanmasından Doğan Zarar.....	58
C. İdare Eylemden Doğan Zarar	58
D. İdarenin Haksız Fiilinden Doğan Zarar	59
E. İdare Tarafından Yapılmayan Ancak İdarenin Sorumlu Tutulduğu Eylemler.....	60
F. İdari Sözleşmelerden Doğan zarar.....	61
II. ZARARIN ÖZELLİKLERİ	62
A. Zarar gerçek olmalıdır.....	62
B. Zarar “Gerçekleşmiş” Olmalıdır	63
C. Zarar Mutlak ve Kesin Olarak Hesabı Mümkün bir Zarar Bulunmalıdır	64
D. Zarar “Hukuken Korunan Bir Menfaat”a Yönelik Olmalıdır	65
E. Zarar, “Parayla Ölçülebilir” Nitelikte Olmalıdır	67
F. Zarar “Özel” Olmalıdır.....	68

G. Zarar “Anormal” Olmalıdır	70
H. Zararın Kamu Hukukunun Uygulanması Dolayısıyla Meydana Gelmiş Olması	71
1. Kamu Hukukunda Tabi Görevle İlgili Zarar.....	72
2. Personel.....	74
3.Kurum.....	75
III.ZARARIN HESAPLANMASI.....	76
A. Mala İlişkin Zararın Hesaplanması.....	76
1.Hesaplanma yöntemi.....	76
a. Objektif Hesaplama Yöntemi.....	77
b.Sübjektif Hesaplama Yöntemi	78
2. Maddi Zararın Belirlenmesi	79
a. Malın Tamamen Yok Olması	79
b. Malın Kısmen Hasara Uğraması Ve Onarım Giderleri	80
B. Kişiyeye İlişkin Zararın Hesaplanması	82
1. Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zararın Hesaplanması.....	82
a. Tedavi Giderleri	83
b. Çalışma Gücünü Azalmasından yada Kaybından Doğan Zarar..	84
aa. Zarar Görenin Tam İyileşmiş Olması	84
bb. Zarar Görenin Henüz Tam İyileşmemiş Olması	85
cc. Ekonomik Geleceğinin Tehlikeye Girmesi	86
2. Ölüm Halinde.....	88
a. Ölünceye Kadarki Zararlar.....	88
b. Cenaze ve Toprağa Verme Giderleri	88
c. Destekten yoksun Kalanların Zararlar	89
3. Manevi Zararın Hesaplanması	90
a. Beden Ve Ruh Bütünlüğünün İhlali Sonucu Manevi Zar.....	90
b. Ölenin Yakınlarının Manevi Zararı.....	91
c. Kişilik Haklarının İhlali Sonucu Manevi Zarar	92

SONUÇ	94
KAYNAKÇA	96
ÖZET	102
ABSTRACT	104

KISALTMALAR

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa Hukuku
AYİM.	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
a.g.e.	: Adı geçen eser
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
D.	: Daire
E.	: Esas
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
İZ BD.	: İzmir Baro Dergisi
İHFM.	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecellesi
İM.	: İdare Mahkemesi
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK.	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
MK.	: Medeni Kanunu
m.	: madde
Nr.	: Numara
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sahife
THED.	: Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi
vb.	: ve benzer

vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
Y.	: Yargıtay
YD.	: Yargıtay Dergisi
YHD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD.	: Yargıtay Karar Dergisi

GİRİŞ

Bu çalışmanın konusunu “**İdarenin Sorumluluğu Gerektiren Zarar Kavramı**” oluşturmaktadır.

İdare icra ettiği faaliyetler sonucunda kişilere zarar verebilmektedir. Bu zararlar kişilerin ya malvarlığına ilişkin ya da kişisel bütünlüğüne ilişkin zararlar şeklinde gerçekleşir. İdarenin bu bağlamdaki sorumluluğu, bu idari faaliyetler dolayısıyla kişilerin uğramış oldukları zararın tazmin edilmesi şeklinde olur. İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür. Bu suretle idarenin sorumluluğu da Anayasa prensibi olarak kabul edilmiştir.

Çalışmamızın esasını oluşturan zarar bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade etmektedir. Burada İdarenin sorumluluğu, idari faaliyetlerle kişilere verilen maddi ve manevi zararlar gerçekleştiğinde ortaya çıkar. Bu zararlara sebep olan idare işlem, eylem ve davranışları değişik şekillerde ortaya çıkar. Buna göre zararlar, idari işlemde doğan zarar veya idari işlemin uygulanmasından eyleminden doğan zarar, idare eyleminden doğan zarar, idarenin haksız fiilinden doğan zarar, idari sayılan eylemlerden doğan zararlar şeklinde gerçekleşebilir.

İdarenin verdiği zararlardan sorumlu tutulması için, bazı şartları gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre, ortada bir zararın bulunması ve zarar gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği kesin bir zarar olmalıdır. Bunun yanında para ile ölçülebilen bir nitelikte olmalı, ayrıca; kamu yükümlülüğü biçimini almamalı, özel nitelikte bir zarar olmalıdır. Nihayet, zarar, yasal veya meşru bir ilişkinin ihlal edilmesinden doğmuş olmalıdır. Bu nitelikleri taşımayan zarardan İdareyi sorumlu tutmak mümkün olmadığından, zararın bu yönü üzerinde de durmakta yarar vardır.

Devlet veya idare her zaman güçlü durumdadır. Ayrıca Devlet kişilere verdiği zararların hesaplanması mala ilişkin zararın hesaplanması ve kişiye ilişkin zararın hesaplanması olmak üzere ikiye ayrılır. Buna göre, idare

yaptığı veya icra ettiği faaliyetlerden tüzel ve gerçek kişilere maverdiği zararlardan dolayı sorumlu tutulması ve bu zararlardan dolayı tazminata mahkûm edilmesi kişilere verilen zararların tespit edilmesi ve bertaraf edilmesi konusunda çalışmamız önem arz etmektedir.

Çalışmamızda konuyla ilgili detaylı bir çalışma yaparak tarafları zarar ve tazminat konularında bilgilendirmek ve bu konuda Danıştay ve diğer kurumlar tarafından verilen karar doğrultusunda bir bilimsel dayanak oluşmaktadır.

Bu çalışmamızın giriş kısmında tez konusu ile ilgili genel bir bilgi verilmiştir. Çalışmamızın birinci bölümünde, idari sorumluluk kavramı ve dayanakları ele alınmıştır. Ayrıca idarenin sorumluluğunu gerektiren şartlar fiil, kusur, zarar ve illiyet bağı konuları incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, zararın tanımı ve unsurları incelenmiştir. Bu anlamda zararın oluşması için üç unsurun gerçekleşmesi gerekir. Bunlar; malvarlığı veya kişi varlığının bulunması, malvarlığındaki veya kişi varlığında azalma, malvarlığındaki veya kişi varlığında azalmanın kişinin kontrolü dışında olmasıdır. Ayrıca zararın muhtelif çeşitlerinden olan doğrudan doğruya zarar- dolaylı zarar, fiil zarar, kazanç kaybı, normatif zarar, maddi zarar- manevi zarar, müspet zarar- menfi zarar, kişiye ilişkin zarar- mal ilişkin zararlar ele alınacaktır. Bunun yanında idarenin özel hukuktan kaynaklanan zararları incelenecektir.

Çalışmanın üçüncü ve en önemli bölümünde ise, zararı doğuran idari faaliyetlere göre zarar konusu yer almaktadır. İdari işlemden, idari işlemin uygulanması eyleminden, idarenin haksız fiilden ve idari sözleşmeden doğan zararlar incelenecektir. Bunun yanından idarenin sorumluluğunu gerektiren zararın özellikleri ele alınacaktır. Son olarakta zararın idare tarafından hesaplanması, mala ilişkin zararın hesaplanması ve kişiye ilişkin zararın hesaplanması konuları da çalışmamızda yer verilecektir

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ SORUMLULUK KAVRAMI VE İDARİ SORUMLULUK ŞARTLARI

I. İDARİ SORUMLULUK KAVRAMI VE DAYANAKLAR

A. İDARENİN SORUMLULUĞU

Sorumluluk, genel olarak kişilerin davranışlarının uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme; tazminatla yükümlü tutulma, işlenmiş olarak tanımlanmaktadır. Başka bir deyişle sorumluluk; kişinin bir işleminin bir davranışının veya bir olayın sonuçlarına katlanması yükümlülüğüdür. Başka bir ifadeyle sorumluluk kasıt, ihmal, tedbirsizlik ya da yasanın belirlediği durum veya eylemden doğan bir tehlikeyle yaratılan veya doğumuna sebebiyet verilen zararların tazmin borcudur¹. Hukuk devletinde hukuk normlarına aykırı davranışlara sorumluluk yüklenmekte ve yaptırım uygulanmaktadır². Hukuki sorumluluk, zarar verici bir fiilin sonuçlarının zarar verene yükletilmiştir³.

Bir hukuk devletinde idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemler yapmaması gerekir. İdarenin eylem ve işlemlerinin hukuka aykırı olması halinde, bu eylem ve işlemler çeşitli müeyyidelerle karşılaşır. Ancak idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinin bir takım müeyyidelerle karşılaşması, onlara son verilmesi, bu eylem ve işlemlerden kaynaklanmış olan zararlı sonuçların ortadan kaldırılmasına her zaman yeterli olmamaktadır. Zira şahıslar idarenin bu hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden dolayı maddi ve manevi zararlara uğramış olabilirler. Hukuka saygılı bir idarenin kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanmış olan bu zararları da karşılaması gerekir. Bir hukuk devletinde idare, sadece hukuka uygun eylem ve işlemler yapmakla

¹ Armağan Tuncay, **İdarenin Sorumluluğunun ve Tam Yargı Davaları**, Ankara, 1997, s. 11; Ethem Atay, Hasan Odabaşı, Hasan Tahsin Gökcan, **Teori Ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu Ve Tazminat Davaları**, Ankara, 2003. s. 30.

² Zeynelabidin Tokgöz, "İdarenin Sorumluluğu ve Sosyal Risk Nazariyesi", **Batman Barosu Dergisi**, Eylül 2003, s. 38.

³ Necdet Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi Ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara, 1963. s. 6.

mükellef değildir; aynı zamanda idare, kendi kusurlu ve hatta bazen kusursuz eylem ve işlemleriyle bireylere verdiği zararları da tazmin etmekle yükümlüdür. İdarenin bireylere verdiği zararları tazmin yükümlüğüne “idarenin sorumluluğu” denir⁴.

İdarenin yaptığı faaliyetler kişilere zarar verebilir. Bu anlamda verilen bu zararın kişilerin mal varlığına ilişkin olabileceği gibi kişisel bütünlüğüne ilişkin de olabilir. İdarenin sorumluluğu, bu idari faaliyetlerden dolayı kişilerin uğramış oldukları zararın idarece tazmin edilmesini ifade eder, mesela askeri tatbikat veya eğitim sırasında yapılan atışlar nedeniyle bir bahçede çalışan kişi yaralanır veya ölürse kişinin kendisi ve ailesi zarara uğramış olur⁵. Bu zararın tazmin edilmesi, idare hukukunda sorumluluk kavramını gündeme getirmektedir. Bu anlamda idarenin mali sorumluluğu, idarenin etkinlikleri sonucu meydana gelen zararların tazmin edilmesi demektir⁶. Devletin hukuki sorumluluğu, devletin yürütme, yasama ve yargı organlarının mali sorumluluğunu da kapsar. Mesela, serbest bir faaliyetin, bir yasayla yasaklanması durumunda, ilgili bu yasaktan zarar görebilir. Ayrıca hukuka aykırı yakalam ve tutuklama durumlarında, kişilerin bundan zarar görmeleri örnek olarak gösterilebilir⁷.

İdarenin sorumluluğu idarenin özel hukuktan kaynaklanan sorumluluğu ve idarenin idari sorumluluğu olmak üzere ikiye ayrılır. Burada öncelikle sorumluluğa yol açan eylemin idarenin özel hukuk esaslarına göre yürüttüğü bir iş veya haksız bir fiil olup olmadığına bakılır. Eğer böyleyse idare, özel hukuk hükümlerine göre, sorumlu tutulabilecektir. Bunun dışında idare, bütün idari faaliyetlerinden dolayı Anayasanın 125.maddesi gereğince idare hukukunun esasları uyarınca sorumlulukla karşı karşıyadır⁸.

⁴ Tokgöz, **a.g.e.**, s. 39.

⁵ Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Ankara, 2006, s. 559; Atay, Odabaşı, Gökhan, **a.g.e.**, s. 35.

⁶ Paul Duez, **Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes'uliyeti**, (Çev, İbrahim Senil), Ankara, 1950, s. 3.

⁷ Taner Ayanoglu, **Danıştay Kararlarına Göre Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Uygulama Alanı**, İstanbul, 1994, s. 6; Pertev Bilgen, **İdare Hukukuna Giriş**, İstanbul, 1996, s. 322.

⁸ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, 1985, s. 132-133.

İdarenin sorumluluğu konusunda modern idare hukuku sistemlerinde esas olan teori hizmet kusuru teorisidir. Bu kusur, sübjektif bir kusur değil kişilerin dışında kalan ve kamu hizmetlerinin kuruluşu ve işleyişi gibi dış dünyayla ilgisi olan objektif nitelikte bir kusurdur. Bu kusur, hizmetten ayrılan kişisel kusur karakterlerini taşımayan, hizmetin bir veya birçok ajanlarına tabi olan bir kusurdur.⁹

İdarenin sorumluluğu, kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılır. İdarenin sorumlu tutulabilmesi için somut olayda bu iki sorumluluk türünden birinin gerçekleşmesi gerekir¹⁰.

B.İDARENİN SORUMLULUĞUNUN DAYANAĞI

Devlet organlarının tüm faaliyetleri kamu hukuku çerçevesinde cereyan etmez. Bazı faaliyetler özel hukuk hükümlerine tabidir. Bu durumda geniş anlamda sorumluluk devletin hem özel hukuk hem de kamu hukuku (idare hukuku) alanında sorumluluğu söz konusu olacaktır. Devlet organların hukuki işlemleri sadece tek taraflı işlemlerden ibaret değildir. Bunun yanında idare, sözleşmeler de yapabilmektedir¹¹. Buna göre, idari sorumluluk “sözleşmeden doğan sorumluluk” ve “sözleşme dışı sorumluluk” olmak üzere ikiye ayrılır.

1. Sözleşmeden Doğan (Akdi) İdari Sorumluluk

Bir sözleşmede taraflardan birisinin idare olması, sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesi olması, idareye özel hukuku aşan yetkilerin

⁹ Ancak bazı yazarlar söz konusu katılmıyor. Onların gerekçesi de hizmet kusuru teorisinde, kusurluluğuna hükmedilen ajan değil hizmetin kendisidir. Ayrıca, hizmet kusurunun, hem hizmetin ayrı bilen şahsın kusur karakterine taşımadığını, hem de sadece hizmetin ajanlarına isnat edilebilen bir kusur olduğunu ifade etmek açık bir çelişmezlik olmaktadır. Kusur ya hizmetten ayrılır veya ayrılmaz. İdare hukuku prensiplerine göre hizmetten ayrılabilen kusur şahsi kusur olup ajanın şahsına atıf ve isnat edilir. Bu konuda geniş bilgi için bkz, Özdemir, **a.g.e.**, s. 22 - 23.

¹⁰ Tan Gözübüyük, **İdari Yargılama**, Ankara, 2003, s. 654; Zehra Odyakmaz, **Anayasa Hukuku - İdare Hukuku - İdari Yargı**, Ankara, 2005, s. 304.

¹¹ Cüneyt Ozansoy, **Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, Ankara, 1989, s. 11.

verilmesi şartlarını taşıyan sözleşmelere, idarenin idari sözleşmesi denir¹². İdarenin bir özel kişiyle yapmış olduğu idari sözleşme hükümlerine aykırı olarak vermiş olduğu zararı tazmin yükümlülüğü, Akdi Sorumluluğu ifade eder¹³.

2577 sayılı Kanunun 2 inci maddesinin (c) fıkrasında 4442 sayılı kanunun 6. maddesiyle yapılan değişiklikten önce, herhangi bir istisnai durum söz konusu olmaksızın, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerin uygulanmasından dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümü, idari yargının görevine girmektedir. Ancak, Anayasamızın 125. maddesine 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunun 2. maddesiyle eklenen hüküm ile hukuk sistemimize tahkim yolu getirilerek ve bu doğrultuda, 4492 sayılı Kanunun 6. maddesi ile yukarıdaki fıkra hükmü değiştirilerek, tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlanma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için İdari Dava yolu kapatılmıştır¹⁴.

2. İdari İşlem ve Eylemden Doğan İdari Sorumluluk

Sözleşme dışında idarenin işlem ve eylemden doğan idari sorumluluk ise "Kusurlu Sorumluluk" ve "Kusursuz Sorumluluk" olmak üzere ikiye ayrılır. Kusursuz Sorumluluk "Risk İlkesi" ve "fedakarlığın denkleştirilmesi" ilkesi olmak üzere iki ilkeye dayanır.

a. Kusurlu Sorumluluk

Kusur sorumluluğu, hukuka aykırı, kusurlu bir davranışla bir kimseye verilen zararın giderilmesini ifade etmektedir. Sorumluluğun kurucu unsuru, zarara sebep olan kişinin kusuru olduğundan, bu tür sorumluluğa "kusur sorumluluğu" denir¹⁵. Kusurlu sorumlulukta işlenen fiil haksız, yani hukuka

¹² Şeref Gözübüyük, Güven Dinçer, **İdari Yargılama Usulü**, Ankara, 1996, s. 144; Zehra Odayakmaz, "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", **GÜHFD**, C. 2., Haziran - Aralık 1998, s. 141.

¹³ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt II, Bursa, 2003, s. 599.

¹⁴ Tokgoz, **a.g.e.**, s. 40.

¹⁵ Ramazan çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Bolu, 2007, s. 16.

aykırı olması, failin kusurlu olması, bir zararın meydana gelmesi ve hukuka aykırı fiili ile zarar arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir¹⁶.

İdarenin sorumluluğunu teşkil eden ana kaynak kusurdur. Bunun sebebi de, idare hukukunun yakın zamanlara kadar özel hukukun etkisi altında gelişmesi ve idari sorumluluk sebeplerini kusur kavramına yer vermek şeklinde olmasıdır¹⁷. Buna göre özel hukuk sorumluluğunun temelini teşkil eden kusur ilkesine göre kusur, sorumluluğun en önemli şartı olup, kusur yoksa sorumlulukta yoktur. Kusurun olmadığı fiil ve hareketler kimsenin sorumluluğunu gerektirmez¹⁸. İdarenin kusurlu sorumluluğu ülkemizde de, Fransız Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesinin öteden beri sürdürdüğü uygulamalardan esinlenerek, gerek öğretide gerekse yargı içtihatlarında hizmet kusuru kavramı ile açıklanmıştır. Buna göre, kusuru sorumluluk doktrinde hizmet kusuru kavramıyla karşılanmaktadır. İdare hukukunun kendisine özel ve bağımsız bir kavramı olan hizmet kusuru özelliklerini kamu hukuku ilke ve kurallarından alan bir teoridir¹⁹.

aa. Hizmet Kusuru

Hizmet kusuru, kamu görevlilerinin “görevlerinin ifasından ayrılamaz nitelikte olan kusurları”dır.

aaa. Hizmet Kusuru Tanımı ve Özellikleri

Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ve işleyişinde bozukluk ve aksaktır. Başka bir deyişle, idarenin yapmış olduğu bir hizmetin verilmesinde, düzenlenmesinde ve işlemesinde meydana gelen aksaklıkları ifade eder²⁰.

¹⁶ Süleyman Kaneti, **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, İstanbul, 1964, s. 11.

¹⁷ Lütfi Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Ankara, 1974, s. 24.

¹⁸ Kenan, Tunçomağ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, İstanbul, 1972, s. 271; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, İstanbul 1979, s. 460.

¹⁹ Özdemir, **a.g.e.**, s. 43; Fatih Dikici, **İdare Hukuku İdari Yargılama Usul Hukuku**, 6. baskı, Ankara, 2005, s. 280.

²⁰ Dikici, **a.g.e.**, s. 280.

Hizmet kusuru bağımsız bir niteliğe sahiptir. Hizmet kusurundaki sorumluluk kusura dayandırılmaktadır. Ancak, buradaki kusur, anlam ve içeriği idare hukuku ilke ve esaslarına göre belirlenen kusur olup, özel hukuktaki anlamından oldukça farklıdır. Hizmet kusuru asli ve birinci derecede bir sorumluluk nedenidir. İdare hizmet kusuruna dayanılarak doğrudan doğruya sorumlu tutulur. Başka bir ifade ile, idarenin sorumlu tutulması için başka bir neden aramaya gerek yoktur. Ayrıca hizmet kusuru objektiftir. Buna göre, hizmet kusuruna neden olan idari tutum ve davranışın sorumlu kamu görevlisi bile idare sorumluluktan kurtulmaz. Bunun sebebi de idarenin sorumluluğu objektif sorumluluk olmasıdır. Bunun yanında hizmet kusuru anonimdir. Hizmet kusuru, ajan ve memurun kusurlu olmayıp, idarenin faaliyetlerindeki aksaklık ya da bozukluklardan da doğan bir kusurdur. En son olarak hizmet kusuru genel niteliktedir. Hizmet kusuru birkaç idare makamının değil, bütün kamu kişilerinin sorumluluğuna uygulanan bir sorumluluk nedenidir²¹.

bbb.Hizmet Kusurunun Somut Görüntüleri

Gerek doktrin gerekse uygulamada, idari hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi halinde hizmet kusurunun var olduğu kabul edilmektedir.

1. Hizmetin Kötü İşlemesi

Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin beklenen özen, dikkat ve kalitede yapılmamasıdır. Hizmetin gereği gibi yürütülmemesidir. İdarenin konuyla ilgili hukuk kurallarına, oturmuş makul uygulamalara uymaması veya hizmet gereklerini nesnel ölçüleri içinde gözetmemesi, “hizmetin beklenen özen, dikkat ve kalitede yapılmaması”, idarenin ajanını seçme ve denetleme

²¹ Y. 10. D. 20.10.1999, E. 721/1997, K. 5266/1999 Kararında kamu görevlilerinin görev kusurları, hizmetin yürütülmesi sırasında ortaya çıktığından, idare yönünden de hizmet kusuru oluşturacağı ;nöbet tutan erin emir,nizam ve talimatlara aykırı olarak açtığı ateş sonucu meydana gelen sakat kalma olayı nedeniyle hizmet kusuru bulunan idarenin tazmin sorumluluğu bulunduğunu öne sürmüştür, Odyakmaz, **a.g.e.**, s. 305.

bakımından yetersiz kalması, ehil personel istihdam etmemesi, ajanlarını yeterli bir şekilde eğitmemesi, hizmet personeli üzerinde kontrol ve denetlemenin gereğince yapılmamış olması, “hizmetin işleyişi ve yerine getirilişi sırasında gerekli önlemlerin alınmaması, hizmetin iyi işlememesi” gibi durumlarda hizmetin kötü işlediği ve hizmet kusuru esasına göre idarenin sorumlu olduğu kabul edilir²².

Hizmetin kötü işlemesi idari eylem veya idari işlem biçiminde de ortaya çıkabildiğinden hizmet kusuru maddi veya hukuki kusurları ifade etmektedir. Mesela, idarenin bir hukuk metninin yanlış uygulaması hukuki bir kusur oluşturur. Bu sorumluluktan hareketle karar vermede her somut olayın ayrı değerlendirmek gerekir. İdarenin personel eğitiminde gerekli dikkat, hassasiyet ve özeni göstermemesi; mahkeme kararı olmaksızın kişilerin telefonlarının dinlenilmesi, sağlık kuruluşlarında tedavi için gerekli ilaç, alet ve personelin her an hazır bulundurulmaması ve ifa edilen kamu hizmetlerinin mevzuatta belirtilen ve ölçülere uygun olarak yerine getirilmemesi halleri, hizmetin kötü işlemesine örnek olarak gösterilebilir²³.

2. Hizmetin Geç İşlemesi

Hizmetin geç işlemesi, hizmetin makul sayılmayacak bir gecikme ile yerine getirilmesidir. Burada hizmetin niteliği, idarenin sahip olduğu olanak ve araçları, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak idarenin gereken çabukluğu gösterip göstermediği ortaya konmalıdır. Ancak, hizmetin er geç işlemesi durumu, idarenin mutlak sorumluluğunu gerektirmez. İdareyi sorumlu tutabilmek için sunumundaki gecikmenin hizmete yabancı olması, hizmetle bağdaşmaması gerekir²⁴. Hizmetin geç işlemesi şeklinde belirlenen hizmet kusurunu, idarenin hizmetin gereklerine göre kendisinden beklenen ölçüde sürat ve çabukluğu göstermeyerek, ağır ve yavaş hareketi suretiyle bir

²² Odyakmaz, **a.g.e.**, s. 310.

²³ Atay, **a.g.e.**, s. 581.

²⁴ D. 11. D, E. 2001/899, K. 2002/889 sayılı kararında, Yaş haddini doğurduğu tarih itibarıyla emekliye sevki gereken davacının, yaş tashihi yaptırdığı hususu gözetilmeden, görevine devam ettirilip, emekli ikramiyesinin geç ödenmesi suretiyle zarara uğramasına yol açan ve hizmet kusuru işleyen davalı idare, tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır, Odyakmaz, **a.g.e.**, s. 311.

zarara sebebiyet vermesi şeklinde tanımlamak mümkündür²⁵. Hizmetin geç ya da yavaş işlemesi konusunda bir kural konulmadığı için, burada hizmetin niteliği, idarenin sahip olduğu imkan ve araçları, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak idarenin gereken çabukluğu gösterip göstermediğine karar verir. Bu nedenden dolayı idarenin sorumluluğu için işin niteliğine ve durumun icabına göre idarenin davranabilmesi için makul ve normal bir sürenin geçmiş olması gerekir. Aradan geçen kısa veya zorunlu bir süre içinde ortaya çıkan zararlardan idare sorumlu değildir²⁶. Burada hizmetin geç işlemesi ile ilgili örnek olarak, ağır kanaması olan bir hastanın derhal ameliyata alınmamasını gösterebiliriz²⁷.

3. Hizmetin Hiç İşlememesi

Hizmetin hiç işlememesi, idarenin üstlendiği faaliyetleri hiçbir biçimde yerine getirmemesidir. İdareye hukuk kurallarınca bazı hizmetlerin yerine getirilmesi konusunda bir zorunluluk getirilmişse, bu durumda idarenin o hizmeti yerine getirmeme şansı yoktur. Eğer idarenin yetkisi bağlı yetki ise, yani belli koşulların varlığı halinde hizmetin yürütülmesi zorunlu ise, bu durumda idarenin hareketsiz kalması kesinlikle hizmet kusuru oluşturur. Buna karşılık, belli bir hizmetin yürütülüp yürütülmemesi konusunda kararı takdir yetkisi tanınmış ise, idare takdir yetkisini kötüye kullanmadığı sürece sorumlu olmaz. Bu ifadenin karşıt anlamından çıkan sonuca göre, idarenin bu yetkiyi hukuka aykırı kullanıldığının mahkemelerce saptanması durumunda, idare meydana gelen zararları tazminle yükümlüdür.

Bir yol üzerindeki altyapı çalışmalarının ışıklı ve dikkat çekici cihazlarla belirlenmemesi sonucu, bir aracın geceleyin idare tarafından açılan çuküre düşmesi; yangın ihbarı yapılmasına rağmen itfaiyenin yangın yerine gitmemesi, hizmetin hiç yapılmamasına örnek gösterilebilir²⁸.

²⁵ Atay, **a.g.e.**, s. 582.

²⁶ Atay, **a.g.e.**, s. 582.

²⁷ Dikici, **a.g.e.**, s. 280.

²⁸ Dikici, **a.g.e.**, s. 280.

Anayasanın 65. maddesi gereğince, idare mali kaynaklarının yetersizliği hizmetin hiç işlememesinin nedeni ise, idarenin sorumluluktan kurtulabileceği düşünebilir. Ancak, mali kaynaklarının yetersizliği nedeniyle sorumsuzluk hallerinin sınırlanması gerekir. Aksi takdirde idare, her zaman mali kaynaklarının yetersizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir. Buna göre; idare, kanun ile görevli olduğu ya da kendi iradesiyle yüklendiği faaliyet ve hizmetleri, mali ve teknik imkanları veya özel örgütü bulunmadığı gerekçesi ile yerine getirmekten kaçınmaz ve bu çekinmeye bağlı sorumluluktan kurtulmaz²⁹.

bb. Kişisel Kusur

Kamu görevlerinin “görevlerinin ifasından ayrılamaz nitelikte olan kusurları”dır.

aaa. Kişisel Kusur Tanımı

Kamu görevlilerinin hizmetle ilgili kusurlu tutum ve davranışları onların kişisel kusurunu teşkil eder ve idarenin sorumlu tutulmaması gerekir. Kişisel kusur idarenin değil, haksız fiil esaslarına göre kamu görevlilerin sorumluluğuna yol açar (BK. M. 41 vd)³⁰. Kamu görevlilerinin tamamen hizmet dışındaki bu kusurlu tutum ve davranışlarının yanı sıra, onların hizmet ile ilişkili hatta hizmet içindeki bazı kusurlu davranışları da kişisel kusur olarak nitelendirilir³¹.

bbb. Kişisel Kusur Sayılan Durumlar

Hizmet içindeki kişisel kusur, şu beş durumda kabul edilmektedir:

²⁹ Atay, **a.g.e.**, s. 584.

³⁰ Metin Günday, **İdare Hukuku**, Ankara, 2002, s. 325; Odyakmaz, **a.g.e.**, s. 312.

³¹ Günday, **a.g.e.**, s. 326; Odyakmaz, **a.g.e.**, s. 308.

1. Kamu Görevlilerinin Suç Niteliği Taşıyan Eylemleri

Kamu görevlilerinin tutum ve davranışı suç niteliği taşıyorsa, hizmet kusuru yoktur, o görevlinin kişisel kusuru vardır. Zira suç ile hizmet kusuru birbirleri ile bağdaşmayan iki ayrı kavram olup, bir davranış suç niteliği taşıyorsa artık onun hizmet ile ilişkisi kesilmiş demektir. Mesela işkence kolluluk hizmetleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle gözaltına alınan kimselere işkence yapılması hizmet kusuru değildir. Eylemi yapan kamu görevlisinin kişisel kusurudur³².

2. Yargı Kararlarına Uymama

Bir hukuk devletinde, kamu görevlilerinin yargı kararlarına uyup uymama konusunda takdir yetkisi yoktur. Herkes, kamu görevlileri de dahil yargı kararlarına uymak zorundadırlar. Kamu görevlilerinin kusurlu tutum ve davranışı yargı kararları ile bağdaşmıyorsa, bu tutum ve davranışta hizmet kusuru yoktur, o görevlinin kişisel kusuru vardır³³.

3. Kamu Görevlilerinin Kötü Niyetli Davranışları

Kamu görevlilerinin kusurlu tutum ve davranışı, düşmanlık, kin, kıskançlık, siyasal, kişisel veya ideolojik çıkar veya bir amaç uğruna yapılmışsa, o görevlinin kişisel kusuru vardır. Mesela, yangın söndürmek için gittiği evde karşıt görüşlü bir siyasal partinin amblemlerini gören itfaiye erinin yangın söndürmek yerine, yangının artmasına sebep olması, itfaiye erinin kişisel kusurudur³⁴.

³² Günday, **a.g.e.**, s. 326; Odyakmaz, **a.g.e.**, s. 308.

³³ Odyakmaz, **a.g.e.**, s. 309; Günday, **a.g.e.**, s. 326.

³⁴ Odyakmaz, **a.g.e.**, s. 309; Günday, **a.g.e.**, s. 327.

4. Ağır Kusur Hali

Kamu görevlilerinin zarar doğurucu eylemdeki kusuru, hizmetle bağdaşmayacak derecede çok ağır ise, o görevlinin kişisel kusuru vardır. Mesela, bir kamu görevlisinin çok açık olan bir yasa hükmünü ihlal etmesi, açık bir biçimde yetkisini aşması gibi³⁵.

5. Hizmet Kusuru İle Kişisel Kusurun İç İçe Olması

Hizmet kusuru ile kişisel kusuru iç içe olabilir. Başka bir ifadeyle, kamu görevlisinin kişisel kusurunun olduğu bir olayda hizmet kusuru da bulunabilir. Hizmet kusurunda bulunması nedeniyle idare sorumlu tutulur. İdare kişisel kusur işleyen personeli kendisi seçmiştir. Ayrıca idarenin kamu personeli üzerinde denetim ve gözetim görevi vardır. İdare, personelini eğitmek zorundadır. Dolayısıyla kamu personelinin hizmet içindeki kişisel kusurlu davranışları, idarenin söz konusu görevlerini yeteri kadar yerine getirmediklerini gösterir. Bu nedenle, kamu personelinin kişisel kusuruna rağmen idare de sorumlu tutulabilir³⁶.

b. Kusursuz Sorumluluk

İdare kusurlu olmasa da bu durumlarda tutum ve davranışların sorumlu tutulabilmektedir, Buna kusursuz sorumluluk denir. Kusursuz sorumluluğun olması için idarenin davranışı ile uğranılan zarar arasında nedensellik bağının kanıtlanması yeterlidir. İdarenin davranışının kusurlu olduğunun ispatlanması ve gerek yoktur. Buna göre, idarenin yapmış olduğu eylem ve işlemin uğranılan zarar ile bir neden- sonuç ilişkisinde bulunması, idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilmesi için yeterlidir³⁷. Ayrıca, idarenin tutum ve davranışlarının hukuka aykırı olması da gerekemeyebilir. 1982 Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında “idare kendi eylem ve

³⁵ Günday, **a.g.e.**, s. 327; Odyakmaz, **a.g.e.**, s. 309. Bu konu ilerde “Ağır Kusur” başlığı altında detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

³⁶ İstanbul 4. İ. M. 28.11.1989, E. 19994/1204, K. 1995/1533; Günday, **a.g.e.**, s. 327.

³⁷ Dikici, **a.g.e.**, s. 282.

işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” ilkesine yer verilmiş olduğundan, idarenin kusursuz sorumluluğu resmi olarak kabul edilmiştir. İdare Hukukunda kusursuz sorumluluk, idareye veya ajanına atfı mümkün olan bir sebepten dolayı fertlerin bir zarara uğramış olması halinde bu zararın tazminiyle yükümlü olması anlamını taşımaktadır³⁸.

Kusursuz sorumluluk genel olarak iki ilkeye dayandırılmaktadır. Bunlar tehlike (risk) ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik (hakkaniyet) ilkesidir.

aa. Tehlike

Doktrinde hasar teorisi olarak da anılan "risk ilkesi" bir kısım faaliyetlerin, bünyesinde taşıdığı tehlikeler dolayısıyla kişilere zarar vermiş olması halinde, bu faaliyet sahiplerinin kusurlarına bakılmaksızın zararın tazmin olunması fikrine dayanır³⁹.

aaa. Tehlike İlkesinin Tanımı

İdarenin tehlikelilik esasına göre sorumlu tutulabilmesi kamu yararını sağlamak için yürütülen kamu faaliyetlerinin veya bir kamu malının tehlikeli nitelik göstermesi nedeniyle ortaya çıkan zararın mağdura nazaran diğerlerinden farklı özellik taşıması gerekir⁴⁰. Tehlike ilkesi, genel olarak bazı kişilerin etkinliklerinin, tehlikeli olması nedeniyle başkalarına zarar vermesi durumunda; bu etkinlik sahiplerinin kusurlarına bakılmaksızın, zararın giderilmesidir. Özel hukukta geçerli olan tehlike ilkesi “her nimetin bir külfeti vardır” düşüncesine dayanmakta ve tehlikeli işlerle uğraşanların, herhangi bir kusurları olmasa dahi, ortaya çıkan zararı sonuçlardan sorumlu tutulmalarını öngörmektedir. Buna göre özel hukukta uygulanan tehlike ilkesi, idarenin tehlike taşıyan bir faaliyeti yürütmesi ya da tehlikeli araç ve gereç

³⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 330.

³⁹ Fahri Çalkan, Muhsin, Tuğşaful, **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, İstanbul, 1948, s. 27; Haluk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara, 1981s. 26.

⁴⁰ İlhan Uluşan, **Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi**, İstanbul, 1977, s. 21.

kullanılması söz konusu olduğunda idare hukukuna da aktarılmıştır. Yani, tehlike yaratma olasılığı fazla ve teknik yönden karmaşık olan, dolayısıyla her zaman nedeni saptanmayacak olan zararlara yol açabilecek bir idari faaliyet ya da araç- gereç kullanımı olursa, bu zararın, kusur şartı aranmaksızın, idarece tazmin edilmesi gerekir⁴¹. Mesela bilinmeyen bir nedenle cephaneliğin patlaması sonucunda ölenin ailesine idarece tazminat ödenmesi gerekir.

Tehlike ilkesinin uygulanmasında tehlikeli faaliyet ile gerçekleşen zarar arasında neden-sonuç ilişkisi yeterlidir, ayrıca kusur aranmaz. Buna göre, tehlike yaratma olasılığı fazla ve teknik yönden karmaşık olan, dolayısıyla her zaman nedeni saptanmayacak zararlara yol açabilecek idari faaliyet ya da araç- gereç zararın nedeni ise, bu zararın kusur şartına bakılmaksızın idarece tazmini gerekir⁴².

bbb. TEHLİKE İLKESİNİN UYGULANDIĞI HALLER

Tehlike ilkesinin uygulandığı haller: idarenin tehlikeli faaliyetleri ayrıca mesleki risk olarak ikiye ayrılmaktadır.

1). İdarenin Tehlikeli Faaliyetleri ve Araç- Gereçleri

İdarenin yürüttüğü faaliyet ve ya kullandığı araçlar niteliği ya da yapısı gereği belli bir tehlikeye içerir. İşte bu gibi faaliyet ya da araçlar bir zarara yol açar ise; idare, kusuruz dahi olsa, bu zararı ödemek. Buna göre, tehlike yaratma olasılığı fazla ve teknik yönünden karmaşık olan dolayısıyla her zaman nedeni saptamayacak olan zararlara yol açabilecek idari faaliyet ya da araç-gereçler zarara yol açar.

⁴¹ Odyakmaz, **a.g.e.**, s. 316; Günday, **a.g.e.**, s. 330.

⁴² Atay, **a.g.e.**, s. 589.

2). Mesleki Risk

Teknik ilerleme ve ona bağılı olan tehlikelerin artması karşısında kusurlu sorumluluğu zarara uğrayanların haklarını korumada elverişsiz bir duruma gelmiştir. Adaleti gerçekleştirmek bakımından yetersiz kalmıştır⁴³. Buna göre mesleki risk, idarenin tehlikeli faaliyetleri ve araç- gereç tehlike ilkesinin meslek kazaları alanındaki uygulama biçimidir. Buna göre, kamu hizmetinde çalışan bir kişi görevi sırasında ya da görevi nedeniyle bir zarar uğradığında, bu zarar hizmetin kaçınılmaz bir tehlikesi olarak kabul edilir. Ortaya çıkan zarar, bir kusuru olmasa dahi, idarece tazmin edilir⁴⁴.

Kolluk görevlilerinin mesleki risk nedeniyle uğradıkları zararların idarece tazmin edilmesi yasal bir düzenleme ile öngörülmüştür. 2330 sayılı Nakdi ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, kamu düzeninin korunması veya kaçakçılığının men, takip ve tahkiki konularında görevlendirilen kamu görevlilerinin, bu görevlerinden dolayı ya da görevleri sona ermiş olsa bile yaptıkları görev nedeniyle yararlanmaları sakat kalmaları veya ölmeleri halinde, kendilerine ya da yakınlarına ödenecek olan tazminatın esas ve usullerini düzenlemiştir⁴⁵.

3). Sosyal Risk İlkesi

Toplumun içinde bulunduğu sosyal, ekonomik ve siyasi koşulların neden olduğu kitle hareketlerin (toplantı, gösteri, yürüyüş vs.) ve savaşlarda sivil halkın maruz kaldığı zararların, hiçbir kusuru bulunmayan bu kişilerin üzerinde bırakılmasının haksız bir davranış olacağı düşüncesi, idarenin sorumluluğunun genişlemesine yol açarak "sosyal risk ilkesi" ortaya çıkmıştır⁴⁶. Sosyal risk ilkesi, kamu düzenini bozmaya hatta anayasal düzeni

⁴³ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 2.

⁴⁴ AYİM. 2. D.: 20.09.2000. E. 1999/488, K. 2000/586 sayılı kararında, askerlik hizmetini yaptığı sırada engelli koşu parkurunda Tarzan merdiveninden düşerek kolundan sakatlanan erin uğradığı zararın, kusursuz sorumluluk kuramı uyarınca idarece tazmini gerekli bulunmaktadır, Odyakmaz, **a.g.e.**, s. 318.

⁴⁵ Günay, **a.g.e.**, s. 331.

⁴⁶ Bahtiyar Akyılmaz, "Sosyal Risk ve Uygulama Alanı", **GÜHFD**, C. 11, S. 1- 2, 2005, s. 186; Selim Çelikkol, "İdarenin Objektif Sorumluluğu", **İZBD**, 1998, s. 20; Selim Kaneti, **Özel Hukuk**

yıkmaya yönelik anarşi ve terör olaylarından ya da benzeri toplumsal olaylardan doğan zararlardan idarenin kusursuz olarak sorumlu tutulmasıdır⁴⁷.

Sosyal risk ilkesinde, idareye yabancı kişilerin ve toplulukların fiil ve davranışları zarara yol açmaktadır. Başka bir ifadeyle “sosyal tehlike ilkesi”nde idari faaliyet ile zarar arasında illiyetlik bağı zayıflamaktadır. İdarenin eylem ve işlemi ile meydana gelen zarar arasında neden- sonuç ilişkisine gerek olmadan idarenin sorumluluğu sonucu doğuran tek durum sosyal risk ilkesidir⁴⁸. Olaylarına gelince, terör sosyal risk ilkesinin en önemli konusudur. Korku, ürküntü, dehşet gibi psikolojik ruh hali bulunan terör kavramının, herkesçe kabul edilen bir tanımı bulunmamaktadır⁴⁹. Terör, dehşet, korku ve yılgınlık verilen sivil ve masum kurbanlar aracılığıyla, daha büyük kitleleri veya kamu otoritesini yıldırıp korkutarak, stratejik, ideolojik veya siyasal amaçlarını gerçekleştirmek üzere şiddet kullanımınıdır⁵⁰.

bb. Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi (Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi)

Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca, kamu yararı düşüncesi ile bazı kişilerin giriştiği bir faaliyet onları zarara uğrattır ise, bu zararın herhangi bir kusuru olmasa dahi, idarece karşılanması gerekir⁵¹. Başka bir ifadeyle, idarenin hiçbir kusuru, tehlikeli bir etkinliği veya araç kullanması söz konusu olmasa bile, bir idari faaliyetten bazı kişilerin, diğerlerine göre özel ve

Alanında Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara, 12- 13, Mayıs 1979, İstanbul, 1980, s. 147.

⁴⁷ Odyakmaz, **a.g.e.**, s. 319; Günday, **a.g.e.**, s. 331- 332.

⁴⁸ Ali Ülkü, Azrak, **İdarenin Toplumsal Muhtara Kuramı'na Göre Kusursuz Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, İstanbul, 1980, s. 140; Dikici, **a.g.e.**, s. 283.

⁴⁹ Ahmet Kocaoğlu, “Ulusal ve Uluslararası Hukukta Terör ve Terörizm Nedir”, **THED**, Mart 1999, s. 9.

⁵⁰ Hakan Kandemir, **Terör Olaylarında İdarenin Sorumluluğu**, Erzurum 1999, s. 50; Hamide Zafer, **Sosyolojik Boyutuyla Terörizm**, İstanbul, 1999, s.1; Ali Çağlar, “Terör ve Örgütlenme”, **ABD**, C. 30, S. 3, 1997, s. 119; Doğu Ergil, “Terörizm Mantiği ve Hedefi”, **AÜSBFD**, C. 46, S. 1-2, 1995, s. 171; Yılmaz Altuğ, “Terörizm Sorunu”, **İHFİM**, C. 52, S. 1-4, 1987, s. 48.

⁵¹ Odyakmaz, **a.g.e.**, s. 320- 321; Günday, **a.g.e.**, s. 333.

olağandışı bir zarara uğramış olması durumunda, bu zararın tazmin edilmesidir.

İdarenin yürüttüğü bazı faaliyetlerden insanların büyük bir kesimi yararlandığı halde, bazı kişiler zarara uğrayabilir ya da başka bir olumsuzlukla karşılaşabilir. Dolayısıyla, kamu külfetinin dağılımındaki denge bozulabilir. Bozulan dengenin bir denkleştirme ile yeniden kurulması gerekir. Bu denkleştirme ise, kamu yararına bir hizmet veya faaliyet ile zarara uğramış olan kişi ya da kişilerin zararlarının idarece tazmin edilmesi biçiminde olur. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi, kusursuz sorumluluğunun genel esası olarak kabul edilebilir. Bir olayda idarenin kusuru söz konusu değilse, tehlikeli bir etkinlik veya araç da kullanılmıyorsa, idarenin sorumluluğuna gidebilmenin yolu ancak kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin uygulanmamasıyla mümkündür.

Yargıtay, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi kavramını, "hak" ve adalet" kavramları ile birlikte kullanmakta, öte yandan kullanması gerektiği diğer ilkeler yerine de kullanmaktadır⁵².

Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin en belirgin uygulama alanı kamulaştırma'dır. Gerçekten kamulaştırma, idarenin kamu yararının gerektirdiği hallerde karşılığı peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın tamamına veya bir kısmına el atmasıdır. Dolayısıyla, kamu yararına olarak yapılan kamulaştırma nedeniyle belli bir kişi, taşınmazına idarece el atılmasına katlanmak zorunda kalmaktadır ki, bu kişinin özel olarak katlandığı bu fedakarlık taşınmazın bedelinin kendisine ödenmesi ile denkleştirilmiş olmaktadır⁵³. Bunun yanında yol yapımında kullanılan taş ve kum ocağından çevreye yayılan tozlar nedeniyle zarar gören pamuk ürününe karşılık idarece tazminat ödenmesi gerekir. Ayrıca köprü yapımı nedeniyle yol düzeyinden aşağıda kalan binanın sahibine tazminat ödenmesi gerekir⁵⁴.

⁵² Tayfun Akgüner, v.d., **Hukuk Devleti, İdare Hukuku ve Danıştay, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdare Yargının Dünyada Bugünkü Yeri**, Ankara, 1993, s. 22- 23.

⁵³ Günday, **a.g.e.**, s. 3324.

⁵⁴ Odyakmaz, **a.g.e.**, s. 321; Günday, **a.g.e.**, s. 334.

II. İDARİ SORUMLULUK ŞARTLARI

Herkesin sebep olduğu zararı gidermek zorunda olduğu ilkesinin idare hukukunda uygulanmaya başlaması ile birlikte idari sorumluluk kavramı ve bu sorumluluğun sebepleri önemli hale gelmiştir. İdarenin kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında tesis edip, uygulandığı işlemleri ile eylemlerden dolayı bir takım kişilerin bireysel ve malvarlığı anlamında zarar görmesi mümkündür. Ancak, bu gibi durumlarda idarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için özel hukuktaki sorumlulukta olduğu gibi üç şartın bir arada bulunması gerekir⁵⁵. İdarenin eylem ve işlemleri sonucu zarar görenlere zararlarının idarece tazmin zorunluluğu için bazı şartlar gerçekleşmesi gerektiği, gerek idare hukukumuzun kaynağı olan Fransa'da ve Avrupa hukuk sisteminin geçerli olduğu ülkelerde, gerekse öğreti ve yargı kararlarında kabul edilmiştir⁵⁶.

Buna göre idarenin sorumluluğuna başvuru yapılabilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlardan birincisi, idarenin bir fiilinin olması gerekir. İkincisi ise, ortada bir zarar olmalıdır, üçüncüsü de zararla fiil arasında illiyet bağının bulunması gerekir⁵⁷. Bu şartlardan birisinin yokluğu, kural olarak idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırır. İdarenin sorumluluğunda, idare bir kamu hizmetinin yürütülmesinin asıl sahibi olup ta söz konusu hizmeti üçüncü kişiler aracılığı ile yürütse dahi, varlığını korumaya devam eder⁵⁸.

Tam yargı davalarında, zarar doğuran eylem hangi idari makam adına yapılmışsa veya eylem hangi idari makamdan kaynaklanıyorsa, husumet ve dolayısıyla sorumluluğun o idareye yönetilmesi gerekmektedir⁵⁹.

A. FİİL

İdarenin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için ortada idarenin fiilinin olması gerekmektedir. Zararlı işlemin, tutum ve davranışın, idare adına ve

⁵⁵ Günday, **a.g.e.**, s. 1066.

⁵⁶ Atay, **a.g.e.**, s. 562.

⁵⁷ Gözler, **a.g.e.**, s. 1172.

⁵⁸ Gözler, **a.g.e.**, s. 1172.

⁵⁹ D. 8. D. 15.10.2003, E. 2003/256, K. 2003/4062.

kural olarak da idarenin personeli tarafından yapılması gerekir. İdare hukukunda idarenin "fiili" idari işlem veya idari eylemdir⁶⁰.

İdare hukuku alanında idarenin yaptığı işlemler maddi yapılarına göre genel, objektif ve sürekli durumları düzenliyorsa düzenleyici işlem⁶¹, subjektif durumları düzenliyorsa birde işlemler olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre bir işlem, sürekli, soyut nesnel durumları belirliyorsa, bu işlem genel düzenleyici işlemdir⁶². Somut durumları düzenliyorsa, konusu ve öznesi belli ise birel işlemdir. Hangi türden olursa olsun, tüm idari işlemler, sorumluluk bakımından idari davranış sayılır. İdari işlem bir fiil teşkilidir ve zararlardan idare sorumlu tutulabilir. İdari eylemler, idarenin maddi filleri, bu davranış ve tutumlarıdır. Bu davranışları, idarede görevli olan kişiler yapar⁶³.

Sorumluluktan bahsedebilmek için, ortada zarar doğurucu bir tutum ve davranışın bulunması gerekir. İdarenin tutum ve davranışı bir faaliyet şeklinde kendini gösterebileceği gibi, hareketsiz kalma şeklinde de belirebilir. İdari eylem ve işlem deyimi, insanı yanılığa götürebilir. Bu nedenle tutum ve davranış deyimi kullanılmaktadır. Ayrıca zor da olsa idari eylem ve işlem kavramını, geniş kapsamlı bir deyim olarak kullanmak gerekir⁶⁴.

Burada, zarar doğurucu davranışla idarenin etkinliği arasında bağlantı yoksa, idare zarardan sorumlu tutulmaz. Zarar doğurucu idari davranış, icrai olabileceği gibi, ihmali de olabilir⁶⁵.

Davranış (Fiili veya Hareket) dar anlamda haksız fiil (kusur) sorumluluğunun ilk kurucu unsuru olan insanın davranışdır. Doktrin uygulamada "fiil" "adı verildiği gibi" "hareket" veya "davranış" adı da verilmektedir.

⁶⁰ Bahtiyar Akyılmaz, **İdari Usul ilkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Ankara, 2000, s. 23.

⁶¹ Turan Güneş, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara, 1965, s. 12; Burhan Kuzu, **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler**, İstanbul, 1985, s. 21; Lütfi Duran, "İdari Aalanın Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları", **İHFM**, C. 28, S. 3-4, 1964, s. 229.

⁶² Bahtiyar Akyılmaz, **İdare Hukuku**, Konya, 2004, s. 270.

⁶³ Atay, **a.g.e.**, s. 568; Gözler, **a.g.e.**, s. 1173.

⁶⁴ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 298.

⁶⁵ Günday, s. 334; Gözler, s. 1173; Atay, **a.g.e.**, s. 569.

Dar anlamda fiil kavramı ise, yalnız olumlu (aktif nitelikteki müspet) bir davranış, bir yapma fiilini (bir eylemi) ifade etmektedir.

Davranış, insanın bir şey yapmaya veya yapmamaya ilişkin bilinç denetimine tabi, irade ile yönlendirilen ve irade ürünü olan bir hareket tarzıdır⁶⁶.

Davranış çeşitli yönlerden tasnife tabi tutulabilir. Burada yalnız olumlu davranış ve olumsuz davranış ayrımı yapılmaktadır.

Davranış, bir şey yapma, yani olumlu bir davranış (positives verhalten) aktif bir hareket olabilir. Haksız fiil, olumlu bir davranış yani bir şey yapma, aktif (icabi) bir hareket, bir eylem ile işlenebilir. Olumlu davranış, dış dünyada fark edilen bir eylem, yani bir şey yapmadır. Olumlu davranışta, davranışın maddi unsuru olan vücut hareketi aktif bir şekilde tezahür eder.

Fiil olumsuz bir davranışı ile de işlenebilir. Olumsuz davranış, yapılması mümkün olan bir hareketi yapmama olarak tanımlanabilir. Olumsuz davranış (yapmama), idarenin pasif durumunu ifade eder, burada "hiç bir şey yapmama" değil, "bir şey yapmama" söz konusudur.

B. KUSUR

İdarenin sorumluluğunun ikinci şartı, idarenin faaliyetinin kusurlu olmasıdır. Ancak hemen belirtelim ki kusur şartı sadece hizmet kusurunda "kusur yani sorumluluğunda" gerekli bir şarttır. İdarenin kusursuz sorumluluğu için böyle bir kusur şartı aranmaz⁶⁷.

1. KUSURUN TANIMI

Kusur, bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişinde bozukluk olarak tanımlanabilir. Modern doktrin kusuru, bir ödevin eksik yapılması şeklinde

⁶⁶ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, 2006, s. 482.

⁶⁷ Çağlayan, **a.g.e.**, s. 136.

tanımlamaktadır. Buna göre idare gerektiği gibi davranmadığı zaman kusur işlemiş olur⁶⁸.

Doktrin ve uygulamadaki hakim görüşe göre hukuk düzeninin kınadığı kısaca hoş görmediği davranış biçimine kusur denir. Kusur her şeyden önce hukuka aykırı bir davranış gerektirir. Bu sebeple kusurlu olan bir davranış (kusurlu fiil) daima hukuka aykırı bir davranış, hukuka aykırı bir fiildir⁶⁹.

2. Kusurun Çeşitleri

Sorumluluk hukuku açısından kusur; kast, ihmal, ağır kusur ve hafif kusur şeklinde ayrıma tabi tutulabilir.

Bu ayrımın sorumluluk hukukunda, ceza hukukundaki kadar büyük bir önem taşımaz. Fail ister kasten, ister ihmali olarak bir zarara sebebiyet versin, tazmin borcuyla yükümlüdür.

Kast, failin zararlı sonucu bilerek veya isteyerek hareket etmesini ifade eder. Burada fail bu davranışı veya fiili ile hukuk düzenini ihlal etmektedir⁷⁰. Haksız fiili yapan bu kimse, hukuka aykırı sonucu görmüş ve bunu istemişse “kasten” hareket etmiştir. Mesela, öldürmek amacıyla başkasına otomobili ile çarpan belediye şoförü, hukuka aykırı bir fiile kasten sebep olmuştur.

İhmal; hukuka aykırı sonuç istenmemiş, ancak, şartların gerektirdiği tedbirler alınmamak, mesleğin gerektirdiği dikkat ve özen göstermemek şeklinde haksız sonucunu doğmasına sebep olunmuşsa meydana gelir⁷¹.

İhmalin kıstası objektiftir. Belli bir olayda ihmalin bulunup bulunmadığı belirlenirken ölçü olarak, tedbirli bir insanın o olay ve koşulda yapacağı davranışı dikkate almak gerekir. Kanunların ve diğer hukuk kurallarının emrettiği önlemlerin alınmamış olması ihmal teşkil eder. Fakat hukuk

⁶⁸ Gözler, **a.g.e.**, s. 1176.

⁶⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 551.

⁷⁰ Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara, 2003, s. 200.

⁷¹ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku, a.g.e.**,s. 201; Feyzi Necmeddin Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, İstanbul, 1979. s.139.

kurallarının öngördüğü tedbirlerin alınmış olması her zaman yeterli değildir. Koşullar tedbirli bir insanın daha fazla dikkat ve özen göstermesini gerektiriyorsa, bu dikkat ve özen gösterilmediği zaman ihmal vardır. İhmalin genel bir alışkanlık haline gelmiş olması, sorumluluktan kurtarmaz. Ayrıca gerekli ve yeterli ehliyet ve bilgiye sahip olmadığı halde, başaramayacağı, zarar sebep olacağı bir işe girişen kimse de kusurludur ve zarardan sorumludur⁷². İhmal ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılır;

Ağır ihmal, bir kimsenin göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermemesidir. Mesela; alkollü bir şekilde bozuk olan bir araçla trafiğe çıkan şoförün; bankadaki yolsuz ve usulsüz işlemlere göz yuman, bunlar için hiçbir işlemi yapmayan, bu yolla bankanın zararına yol açan yetkilinin fiillerinde ihmalin ağır derecesi söz konusudur. İhmalin yoğunluluğunun tespitinde göz önünde tutulması gereken benzer hal ve koşullar altında özenli kişiler ölçü davranıştır⁷³.

Hafif ihmal çok dikkatli ve özenli kişilerin aynı olayda gösterdiği dikkat ve özenin gösterilmemesi söz konusudur. Örneğin, çok dikkatli bir ameliyatı başarıyla yapan bir doktorun bir kısım ameliyat dikişlerini eksik yapması nedeniyle hastanın kanamasının olması ve bu kısımların yeniden dikilmesinde; bir yolun yapımını çok dikkatli bir şekilde tamamlayan belediyenin yolun kenarında unuttuğu bazı atıklar nedeniyle yolcuların zarar görmelerinde hafif ihmal vardır⁷⁴.

Kusur ağır kusur ve hafif kusur olmak üzere ikiye ayrılır. Bunlar :

Ağır kusuru tanımlamak oldukça güçtür. Ağır kusur “basit kusurdan daha ağır olan kusurdur” ya da şu kıstastan yola çıkabiliriz; ağır kusur vasat veya kötü bir idarenin dahi işlemeyeceği kusurdur. Kısacası, özel bir zorluk gösteren bazı faaliyet alanlarında idarenin verdiği zarardan doğan sorumlu tutulabilmesi için “basit kusur”un yeterli olmadığı, bu kusurun ağır bir kusur olması gerektiği kabul edilmiştir.

⁷² Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15, Baskı, İstanbul, 2002, s.140.

⁷³ Kılıçoğlu, **Borçlar**, a.g.e., s. 201.

⁷⁴ Kılıçoğlu, **Borçlar**, a.g.e., s. 202.

İdarenin sorumluluğu için ağır kusurun arandığı faaliyet alanları genellikle “yürütülmesinde güçlük olan faaliyet alanlarıdır.” İdarenin sorumluluğu için ağır kusur şartının arandığı başlıca faaliyet alanları şunlardır:

Tıbbi Faaliyetler,

Acil yardım, kurtarma ve yangın söndürme faaliyetleri,

Denetim faaliyetleri,

Cezaevi idaresi,

Adalet kamu hizmetleri,

Ağır hizmet kusurunun arandığını gösteren bir Danıştay kararını örnek göstermek gerekirse; *“Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde olup, idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur. Dava konusu olayda, davacılarından birinin eşi diğerlerinin annesi olan ilgilinin, ameliyat sırasında oksijen yerine karbondioksit gazı verilmesi sonucu ölümünde idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle tazmin sorumluluğunun bulunduğu tartışmasızdır”⁷⁵.*

Kamu görevlisi uygulamak durumunda olduğu mevzuat hükmünün tereddüde ve yoruma mahal vermeyecek derecede açık ve anlaşılır olduğu durumlarda ağır kusur aranmaz, uygulamayı gereken kural kasıt olarak eksik ve ya geç uygularsa ve ya hiç uygulamasa ağır kusurdan öte kişisel kusurun varlığından söz edilebilir. Bu duruma ilişkin en bariz örnek yargı kararlarının uygulanmamasıdır. İYUK. m. 28/4 uyarınca yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlisine karşı adli yargı da tazminat davası açılabilir⁷⁶.

⁷⁵ Tokgoz, **a.g.e.**, s. 38.

⁷⁶ Tokgoz, **a.g.e.**, s. 39.

Bazı faaliyet alanlarında idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için basit kusurun yeterli görülmemesinin ve ağır kusurun şart koşulmasının başlıca üç nedeni vardır:

1) Yürütülmesinde güçlük olan bazı faaliyetlerin yerine getirilmesi esnasında işlenen basit kusurlar mazur görülebilir kusurlardır. İdare, tıbbi müdahaleler, itfaiye, can kurtarma, polis gibi alanlarda uzun boylu düşünmeden derhal harekete geçip müdahale etmek zorundadır. Böyle bir alanda idarenin hata yapmamak için temkinli davranması, uzun boylu düşünmesi mümkün olmayabilir.

2) Zorlukla yürütülen faaliyet alanlarında basit kusur, sorumluluğun doğumu için yeterli görülürse, kusurun teşhisi konusunda sıklıkla tereddütler ortaya çıkar.

3) Zor faaliyet alanlarında idarenin sorumlu tutulabilmesi için basit kusur yeterli sayılırsa, idare tazminat ödeme korkusuyla hareketsiz kalma yolunu tercih edebilir ki; bunda kamu yararı değil, zararı vardır. *“Bununla birlikte ağır hizmet kusuru anlayışı eleştiri almaktadır eleştirmektedirler: Ağır Kusur idarenin sorumsuzluğundan, idarenin sorumluluğu ilkesine geçilirken, idarenin sorumluluğunu belli ölçülerde kısıtlamak için başvurulmuş bir yol olarak düşünülebilir. Günümüzde, büyük ölçüde kusursuz sorumluluğa gidildiği bir dönemde, idarenin sorumlu tutulabilmesi için kusurun ağır olması koşulunu arama, sosyal devlet anlayışına da ters düşmektedir. Kusurun ağırlığı, tazminatın miktarı ile ilgili bir sorun olmalıdır; tazminatın tutarını etkileyen bir öğe olarak ele alınmalıdır”⁷⁷.*

C. ZARAR

Zarar, bir hukuk süjesinin maddi veya manevi varlığında iradesi dışında ortaya çıkan kayıp ve eksikliklerdir. Hukuki sorumluluğun şartı olan “herhangi bir biçimde bir zararın doğmuş olması” ilkesi, idarenin hukuki sorumluluğunun doğması için de gereklidir. Zararın söz konusu olmadığı

⁷⁷ Gözübüyük, a.g.e., s. 653.

durumlarda, idarenin herhangi bir tutum veya davranışı tek başına sorumluluk için yeterli değildir⁷⁸. Bir zararın tazmin edilmesi için, ortada zarar doğurucu bir tutum ve davranışın bulunması gerekir. Zarar konusu çalışmamızın asıl konusunu oluşturduğuna göre ilerdeki bölümlerde detaylı şekilde ele alınmıştır.

D. İLLİYET BAĞI

Gerçekleşen zararlar sorumluluğun bağlandığı davranış arasındaki sebep sonuç ilişkisine illiyet bağı denir. İdarenin sorumluluğu için aranan son şart fiil ile zarar arasında illiyet bağının bulunmasıdır. Sebep – sonuç ilişkisinin bulunması gerekir. Zarar ve zararı doğuran işlem, tutum veya davranış arasında dolaysız bir ilişki bulunmalıdır. Sorumluluğun nedeni olarak gösterilen olaylar, hayatın doğal akışına göre olağanüstü bir nitelik taşımıyorsa, idare bu sonuçtan kesinlikle sorumludur. Mesela, karayolu yapımı sırasında yatağının bir kısmı doldurulan akarsuyun aradan altı yıl geçtikten sonra taşması sonucu meydana gelen zarar ile idarenin eylemi arasında bir illiyet bağı bulunmamaktadır⁷⁹.

İdare hukukunda illiyet bağının ispatı zarar görenlere aittir. Ancak bu ispat özel hukuktaki kadar zor değildir. Çoğu kez davacının delil başlangıcı sayılabilecek ipuçlarını mahkemeye vermesi yeterlidir. Bazı durumlarda da idari davranış ile zarar arasında böyle bir nedensellik bağı olup olmadığı teknik bir uzmanlık ve bilgi ile saptanır. Bu hallerde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle nedensellik bağının olup olmadığı saptanmalıdır. Mesela sosyal hasar kuramının uygulanabildiği olaylarda, istisnai olarak, gerçek bir illiyet bağı bulunmadan da idarenin sorumlu tutulması söz konusudur⁸⁰.

⁷⁸ Atay, **a.g.e.**, s. 565.

⁷⁹ D. 12. D. 14.03.1972, E. 1970/2610, K. 1972/781 , Günday, **a.g.e.**, s. 335; Atay, **a.g.e.**, s. 569.

⁸⁰ Atay, **a.g.e.**, s. 569.

İKİNCİ BÖLÜM

ZARAR KAVRAMI, UNSURLARI VE ÇEŞİTLERİ

I.ZARAR KAVRAMI

Zarar, Türk hukuku doktrinde “geniş anlamda zarar”, “dar anlamda zarar” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamdaki zarar teknik anlamdaki zararı ifade eder. Maddi zarara malvarlığı zararı adı da verilmektedir. Geniş anlamda zarar kavramı ise, kişinin malvarlığında uğradığı zararlarla birlikte şahıs varlığında, başka bir deyişle manevi varlığında uğradığı zararı da kapsamaktadır. Böylece geniş anlamda zarar, “ *bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme*” olarak tanımlanabilir.

Türk Anayasası m. 125’e göre, idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür. Bu suretle idarenin sorumluluğu Anayasa prensibi olarak kabul edilmiştir. Ancak, Anayasada idarenin sorumluluğun hangi esaslara dayandığı belirtilmemiş, bu konu doktrin ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Bugün idarenin sorumluluğu hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ilkelerine dayandırılmaktadır. Ancak idarenin sorumluluğu ister hizmet kusuru isterse kusursuz sorumluluk ilkelerine dayandırılсын, genel olarak idarenin tazmin borcunun doğabilmesi için zararın varlığı, zarara yol açan eylemin idareye yüklenebilir nitelikte bulunması ve zarar ile eylem arasında illiyet bağının bulunması gereki⁸¹.

Genel olarak zarar, maddi ve manevi zarar olmak üzere ikiye ayrılır. Maddi zarar, bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmeye veya kesin nitelikli bir artışın engellenmesine denir⁸².

Malvarlığı, ekonomik bir değer arz eden, para ile ölçülebilen hukukî değerlerin meydana getirdiği bir bütündür⁸³. Malvarlığının eksilmesi,

⁸¹ Mehmet, Nedim, **Türk İdare Hukukunda İdarenin Kusurlu Sorumluluk Halleri**, 2002, s. 251.

⁸² Atay, **a.g.e.**, s. 565.

malvarlığındaki bir azalma veya eksilmedir. Bu azalma ya malvarlığı oluşturan aktif değerlerin eksilmesi ya da pasiflerin artması şeklinde meydana gelir. Aktif değerler üzerindeki hakların herhangi birinin yok olması veya değerinin azalması ya da borçların artması halinde de maddi zarar meydana gelir⁸⁴. İrade dışındaki azalma ya zarar görenin rızası hilafına ya da rızası olmaksızın meydana gelir. Malvarlığının azalması sonucunu doğuran olay, zarar verenin bir davranışı olabileceği gibi, bir tabiat olayı da olabilir.

Maddi zarar; fiilî zarar, yoksun kılınan kar, şahsa verilen zarar, mala verilen zarar, diğer zararlar; doğrudan doğruya zarar, müspet zarar, menfi zarar, somut zarar, soyut zarar olarak çeşitli türlere ayrılırlar⁸⁵. Fiilî zarar, malvarlığının mevcut net durumunda zarar görenin iradesi dışında meydana gelen azalmadır. Zarar verici olay sonunda malvarlığının mevcut miktar ve değeri azalmaktadır. Yoksun kalınan kar, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi sonucu meydana gelen azalmayı ifade eder.

Manevi zarar ise, bir kişinin kişilik haklarına yönelik bir ihlali, yani kişinin duyduğu cismani ve manevi acı, ıstırap, hayat zevklerindeki azalmayı ifade eder⁸⁶. Bir kişinin şahıs varlığını oluşturan hukukî değerlerin ihlali, yani uğramış olduğu objektif eksilme ve kayıplar manevi zararı meydana getirir⁸⁷.

“Zarar, bir hukuk sürecinin maddi ve manevi varlığında istemi dışında ortaya çıkan kayıp ve eksikliklerdir. Burada hukuki sorumluluğun ilk şartı olan zarar idarenin ondan dolayı sorumluluğu için yeterlidir”. Buna göre bir zarar

⁸³ Sülhi Tekinay v.d., **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 548; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdulkadir Arpacı, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 1991, s. 46 - 47; Eren, **a.g.e.**, 473.

⁸⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 474.

⁸⁵ Mustafa Reşit Karahasan, **Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat**, Ankara 2001, s. 147; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 559; Eren, **a.g.e.**, s. 477.

⁸⁶ İlhan Özay, **Gün Işığında Yönetim II, Yargısal Koruma**, İstanbul, 2004, s. 192.

⁸⁷ Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 145; Mehmet Ünal, “Manevi Tazminat ve Kusurun Rolü”, **AÜHF**, C. 35, Sayı 1- 4, Ankara, 1981, s. 399.

söz konusu değilse, idarenin herhangi bir fiil veya davranışı sorumluluk alması için yeterli değildir⁸⁸.

Zarar, maddi ve manevi zarar olmak üzere ikiye ayrılır. Her iki zarar için de, işlem veya eylemin idareye ait olması gerekir. Bir başka ifadeyle zararın idarenin sorumluluğundan kaynaklanması için, idarenin araç ve gereçlerinin varlığı, işleyişi veya işlemeyişi yada idarenin personelinin zarar verici işlem tutum ve davranışının olması gerekir⁸⁹.

II. ZARARIN UNSURLARI

Zararın oluşması için üç unsurun gerçekleşmesi gerekir. Bunlar; malvarlığı veya kişi varlığının bulunması, malvarlığındaki veya kişi varlığında azalma, malvarlığındaki veya kişi varlığında azalmanın kişinin kontrolü dışında olmasıdır.

A. MALVARLIĞI / KİŞİ VARLIĞI

Zararın birinci ve en önemli unsurunu malvarlığı oluşturur. Malvarlığı, bir kişinin sahip olduğu ve para ile ölçülen hak ve borçlarının toplamıdır. Başka bir deyişle malvarlığı, ekonomik bir değer arz eden para ile ölçülebilen hukuki değerlerin (varlıkların) meydana getirdiği bir bütündür. Malvarlığı aktif ve pasif unsurlardan oluşur. Malvarlığının pasif yönü borç ve yükümlülüklerden oluşur⁹⁰.

Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar (yani mülkiyet hakkı ve sınırlı aynı haklar). Nispi nitelik taşıyan alacak haklar, manevi mallar üzerindeki haklar (fikri ve sınai haklar), malvarlığın en önemli unsurlarını oluşturur. Ayrıca zarar görenin ekonomik geleceği, yani çalışma ve

⁸⁸ Gözler, **a.g.e.**, s. 1177.

⁸⁹ Atay, **a.g.e.**, s. 565- 566.

⁹⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 488.

faaliyetleriyle gelecekte elde edeceği kazanç ve gelir ihtimali de malvarlığını oluşturan değerler arasında girmektedir⁹¹.

Ayrıca kişinin varlığındaki zararlar kişinin maddi veya manevi kişisel varlıklarına yönelik haksız fiiller sonucu doğan zararlardır. Kişinin maddi varlığına yönelik haksız fiil, yaralanma ya da ölüm sonucunu doğuran fiildir⁹². Buna karşılık, kişinin manevi kişisel varlıklarına (şeref, haysiyet, özel yaşam, isim, resim, özgürlükler gibi) yönelik haksız fiil de şahsın varlığının zararına yol açan fiillerdir.

Buradaki zararın bu ayırımını, bu çalışmada ele aldığımız maddi ve manevi ayırımıyla karıştırmamak gerekir. Malvarlığı veya şahıs varlığı zararları, maddi nitelikte ya da manevi nitelikte zararlar olabilir. Örneğin; bir kimsenin yaralanması halinde doğan zarar şahıs varlığı zararıdır. Fakat, bu haksız eylem sonucu kişi şahıs varlığında manevi olduğu kadar maddi zarara da uğrayabilir⁹³.

B. MALVARLIĞININ AZALMASI

Zararın ikinci unsuru ise, malvarlığındaki bir azalmadır. Bu azalma ya malvarlığını oluşturan aktif değerlerin azalması ya da pasiflerin artması şeklinde olabilir. Aktif değerler üzerindeki hakların herhangi birinin yok olması veya değerinin azalması ya da borçların (pasif değerlerin) artması halinde de maddi zarar meydana gelebilir. Zarar, yani malvarlığında meydana gelen eksilme, aslında zarar görenin zarar verici olaydan sonra malvarlığının gösterdiği durumla, bu olay meydana gelmeseydi gösterdiği durum arasındaki farktan ibarettir. Buna göre burada zararın tespiti için, zarar görenin malvarlığı gösterdiği iki durum (değer) arasındaki fark bulunacaktır⁹⁴.

Burada malvarlığının gösterdiği iki durum arasındaki fark tespit edilirken, ihlal edilen malvarlığı değerinin, hem zarar gören için taşıdığı

⁹¹ Gülşen Köse, "Zarar", Yüksek Lisans Tezi Yayınlanmamış, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1995, s. 11; Eren, **a.g.e.**, s. 489.

⁹² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 208.

⁹³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 209.

⁹⁴ Köse, s. 12- 13.

ekonomik önem, hem de bunun, malvarlığının diğer unsurlarıyla birlikte meydana getirdiği bütünlük göz önünde bulundurulur. Bu yüzden zararın mevcut olup olmadığı, mevcutsa bunun miktarı, bu varlığın, zarar gören için arz ettiği ekonomik önem ve değer üzerinden belirlenir. Mesela klasik bir oturma takımının sadece iki koltuğu hasara uğramışsa, yalnız bu koltukların piyasa değeri değil, bunların zarar görenin oturma takımının tamamı içinde arz ettiği değer söz konusu olur⁹⁵.

C. MALVARLIĞINDAKİ AZALMANIN İRADE DIŞI MEYDANA GELMESİ

Zararın üçüncü unsuru da zarar görenin malvarlığında meydana gelen azalma, onun iradesi dışında meydana gelmesidir. Malvarlığının azalması sonucunu doğuran olay, zarar verenin bir davranışı olabileceği gibi, bir doğa olayı sonuç da olabilir.

Bir eksilmenin zarar olabilmesi için malvarlığı sahibini iradesi dışında veya rızası olmaksızın meydana gelmesi gerekir.⁹⁶ Mesela, malikin rızasıyla malvarlığında meydana gelen eksilme, bir başkasına temlik, tüketme, yok etme veya masraf yoluyla meydana gelir, ancak bu azalma zarar olarak nitelendirilemez.

Bazı hallerde rıza ile meydana gelen eksilmenin zarar teşkil ettiği görülür. Aşağıdaki durumlar buna örnek gösterilebilir:

1. Malvarlığında meydana gelen eksilme belli bir amaca yönelik olur, fakat bu amaç gerçekleşirse zarar mevcuttur demektir.
2. Zarar görenin yaptığı yenilikler, iradesi üzerinde gerçekleştirilen hile veya tehdit sonucu olur ve böyle bir sınırlama yapılmadığı takdirde zarar görenin tüketim veya masraf yapmayacağı anlaşılırsa yine zarar vardır.
3. Mal sahibinin yaptığı işlemler, kendi iradesi aksine doğmuş bir takım zorunluluklar sonucu yapılmış olabilir.

⁹⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 489- 490.

⁹⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 42.

4. Bazı hallerde malvarlığındaki, zarar gören kişinin kısmen iradesi içinde kısmen de dışında karma bir olay şeklinde meydana gelebilir⁹⁷.

Buna karşılık malvarlığı bir kişinin kendi iradesiyle, meselâ temlik etme, tüketme, yok etme veya masraf yoluyla azalmışsa, bu azalma bir zarar olarak nitelendirilemez. Bu durumda bir bağışlama bir tüketim ya da bir gider veya bir borç yüklenme olabilir. Meselâ arabasını bir arkadaşına bağışlayan, sahip olduğu tüketim mallarını tüketen, kendi kalemini kıran, kendi parasıyla seyahat eden kişinin bu işlem ve davranışları sonunda malvarlığının aktif kısmı azalmakta ise de, bu azalmalar onun iradesiyle meydana geldiğinden, zarardan söz edilemez⁹⁸.

Diğer taraftan malvarlığındaki azalma zarar görenin kısmen iradesi içinde, kısmen de iradesi dışında karma bir olay şeklinde meydana gelebilir. Meselâ haksız fiil sonunda yaralanan bir kişinin lüks bir hastanede kalıp bakım ve tedavi görmesi halinde, normal bakım ve tedavi giderleri, zarar görenin iradesi dışında meydana gelen zararı, normalin üzerindeki giderler ise, irade içinde yapıldığından, zarar olarak nitelendirilemez.

III. ZARARIN ÇEŞİTLERİ

Zararın çeşitleri, doğrudan doğruya ve dolaylı zarar, filli zarar - kazanç kaybı, normatif zarar, maddi ve manevi zarar, somut zarar - soyut zarar, munzam zarar, müspet zarar - menfi zarar ve kişiye ilişkin zarar ve şeye ilişkin zarar olarak tasnif edilmektedir.

A. DOĞRUDAN ZARAR- DOLAYLI ZARAR

Zararın ilk çeşidini doğrudan doğruya zarar ve dolaylı zarar (yansıma yoluyla- takip yoluyla zarar) oluşturmaktadır.

⁹⁷ Köse, **a.g.e.**, s. 14.

⁹⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 492.

1. Doğrudan Zarar

Haksız fiil sonucu kişinin doğrudan uğradığı zarardır, zarar denir. Bunlar, haksız fiilin doğrudan doğruya sebebiyet vermiş olduğu zararlardır. Mesela, kişinin yararlanması sonucu tedavi giderleri maddi zararını, bu yüzden katlanmak zorunda kaldığı ameliyatlara nedeniyle uğradığı zarar ise manevi zararını oluşturur. Bunlar, kişinin doğrudan doğruya uğradığı zararlardır.

Aynı şekilde, bir şirketin almış olduğu bir hafriyat işi sırasında, Devlet Demiryolları arsasına girip kazı çalışması yaparken yeraltındaki elektrik kablolarının kopmasına sebep olduğunda, bu kabloların kopması nedeniyle uğranılan zarar doğrudan doğruya zarardır⁹⁹. Akitler hukukunda da kanun, doğrudan doğruya ve dolaylı zararlardan bahsetmektedir. Özellikle BK.92 ve 205. maddelerinde bu iki zarar türünün açıkça birbirinden farklı olduğu görülmektedir¹⁰⁰.

2. Dolaylı Zarar

Dolaylı zararda (yansıma yoluyla zarar) genellikle borçlunun yani zarar görenin hukukça korunan bir varlığına yönelen ihlal fiilinden doğan ilk zararlar (doğrudan zarar), bunu bağlı olarak sonradan (dolaylı) doğan zararlar söz konusu olur. Mesela, belediyenin bir sözleşmeye dayanarak günlük çöp toplaması yaparken bir vatandaşın ayağının kırılmasına sebep olmuşsa, bu vatandaşın hastanede tedavi görülürken yürütme esnasında düştüğü için ikinci bacağını da kırmışsa, ikinci bacağın kırılması, belediyenin ilk davranışıyla(sözleşmeyi ihlali) uygun illiyet bağı içinde bulunduğundan belediye, vatandaşın ikinci bacağın kırılmasından meydana gelen zarardan da sorumludur. Keza kötü ifa nedeniyle meydana gelen "takip eden=refakat

⁹⁹ Kılıçoğlu, **Borclar, a.g.e.**, s. 211.

¹⁰⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 496.

eden= sonraki zarar"lar da kötü ifa fiiliyle uygun illiyet bağı içindeyse, doğrudan doğruya zararı meydana gelir¹⁰¹.

Burada belirtilmesi gereken noktada, zararın tazminini isteme hakkı doğrudan doğruya zarar görene tanınmış bir haktır. Üçüncü kişilerin bu hususta zarar verenden tazminat isteme hakları bulunmamaktadır.

Dolaylı zararlar parayla ölçülebilir ve dolayısıyla tazmin edilebilir niteliktedir. Dolaylı zararlar veya yansıyan zararlar, doğrudan mağdurun ölümü veya sakatlanması sonucu o kişinin yardımından mahrum kalan yakınlarının uğradığı maddi ve manevi zararlardır¹⁰². Yansıyan zararların türleri ise aşağıdaki şekilde gerçekleşebilir:

a. Ölüm Nedeniyle Dolaylı (Yansıyan) Zararlar:

Bir kişinin ölümü nedeniyle o kişinin yakınları maddi veya manevi zarara uğrayabilirler. O nedenle bu konuyu, yansıyan zararın maddi veya manevi olmasına göre ikiye ayırıp incelemek gerekir.

Ölüm nedeniyle maddi zararlar, (destekten yoksun kalma tazminatı), bir kişinin ölümü sonucunda sağlığında o kişiden yardım alan yakınlarının uğradığı maddi zararlardır. Bu zararın tazmini için öngörülen tazminata Türk Hukukunda yaygın olarak "destekten yoksun kalma tazminatı" adı verilmektedir. Destekten yoksun kalma tazminatı haliyle bir maddi tazminattır. Bu tazminattan amaç, kendisine destek olan kişinin ölümünden önce, desteğini yitiren kişinin bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşam düzeyini sürdürebilmesidir. Örneğin kocasının ölümü sonucu geliri olmayan bir ev kadını zaruret haline düşer. Dolayısıyla bu kadının kocasının desteğinden mahrum kalmasından dolayı uğradığı zararın tazmin edilmesi gerekebilir¹⁰³.

Danıştay; ölen kişinin annesi, babası, eşi ve çocuklarının destekten yoksun kalma tazminatı isteyebileceğini kabul etmektedir. Kardeşlerin

¹⁰¹ Eren, **a.g.e.**, s. 496.

¹⁰² Gözler, **a.g.e.**, s. 1201.

¹⁰³ Gözler, **a.g.e.**, s. 1202.

destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmesi için ölen kardeşin “ refah” içinde bulunması ve ölmeden önce kardeşine düzenli ve devamlı bir şekilde yardım ettiğinin kanıtlanması gerekir¹⁰⁴.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de verdiği çeşitli kararlarla nikâhsız eşe destekten yoksun kalma tazminatı verileceğini kabul etmiştir¹⁰⁵.

Ölüm nedeniyle manevi zararlar ise; ölüm nedeniyle yansıyan manevi zararlar, bir kişinin ölümü nedeniyle o kişinin yakınları manevi acı çekip zarara uğrayabilirler. Bu kişilerin de manevi zararlarının tazmin edilmelidir.

Bir kişinin ölümü nedeniyle o kişinin yakınları uğradığı manevi zararlar konusunda Türk Danıştay'ının ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tutumu şöyledir:

Danıştay ölüm olaylarında ölenin annesinin, babasının, eşinin, çocuklarının, kardeşlerinin ve nişanlısının çektiği acıları “manevi zarar” olarak kabul etmekte ve tazmin etme yoluna gitmektedir. Diğer akrabaların manevi acı çektiklerinden bahisle yaptıkları manevi tazminat taleplerini ise reddetmektedir. Kardeşlerin durumuna ayrıca değinmek uygun olur. Danıştay 1980'lerden itibaren kardeşlerin bir diğer kardeşin ölümünden dolayı acı duyabileceklerini ve bu nedenle de manevi tazminat isteyebileceklerini kabul etmiştir¹⁰⁶. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ise kardeşlerin tazminat isteyebileceğini baştan beri kabul etmiş¹⁰⁷ ama yaş sınırı getirmemiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1995'e kadar 10 yaşından küçük kardeşlerin manevi acıyı idrak edemeyecek durumda olduklarına dolayısıyla bunlara manevi tazminat verilemeyeceğine karar vermiştir¹⁰⁸.

¹⁰⁴ AYİM.2D. 10 .10. 1977, E.1977/8705, K.1977/11576 , Özgüldür, s. 34; D.10.D. 11.5.1983 , E.1982/2483, K.1983/11076 , DD, sy. 52-53, s.497 .

¹⁰⁵ AYİM.3D.17.6.1975 , E.1974/395, K.1975/1363, Özgüldür, s. 336; AYİM.2D. 30.11.1994, E.1992/560, K.1994/1799 , Özgüldür, s. 336.

¹⁰⁶ D.10.D. 28.03.1984, E.1983/945, K.1984/663, DD, sy. 56-57, s.409; D.8.D. 20.01.1983 , E.1983/443, K.1983/74.

¹⁰⁷ AYİM. 3D. 21.05. 1974 , E.1974/1414, K.1974/1164 .

¹⁰⁸ AYİM.2D. 30.03. 1994 , E.1994/669, K.1994/853 .

b. Bedensel Zararların Yansıması:

Bedensel (cismani) zararlara uğrayan kişinin yakınları da maddi ve manevi zararlara uğrayabilirler.

Bedensel zararların yansımasıyla oluşan maddi zararlar, bir kişinin uğradığı bedensel (cismani) zararlar nedeniyle bu kişinin yakınları da maddi zararlara uğrayabilirler. Örneğin babası felç olan ve böylece çalışma gücünü yitiren çocuk da maddi zarara uğrar. Ancak asıl kişinin uğradığı maddi zarar tam olarak karşılandığında bu kişilerin yansıma yoluyla ortaya çıkan zararı da karşılanmış olur. O nedenle bu kişilerin bedensel zarara uğrayan asıl kişi sağken maddi tazminat isteme hakları yoktur. Buna göre, ölüm dışındaki olaylardan dolayı destekten yoksun kalma tazminatı işlemedir¹⁰⁹.

Bedensel zararların yansımasıyla oluşan manevi zararlar ise, (yaralanan veya sakatlanan kişinin yakınlarının acılarının tazmini sorunu): Örneğin kolu yanan çocuğun ana babası bunu görmekten ızdırap duyar. Bunların duyduğu acının da tazmin edilmesi gerekir.

Türk Danıştay'ı, cismani zarar durumunda zarar görenin yakınlarının da manevi tazminat istemeye haklarının olduğunu kabul etmektedir¹¹⁰.

Ancak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bedensel zarar halinde zarara uğrayanın yakınlarının duydukları acıdan dolayı manevi tazminat talep edemeyeceklerine karar vermektedir¹¹¹.

Bununla birlikte Askeri Yüksek İdare Mahkemesi “yansıma yoluyla acı duyan kişiler manevi tazminat isteyemezler” kuralına istisna olarak kocanın

¹⁰⁹ AYİM.2.D.03.12.2001, E.2000/900 sayılı kararına konu teşkil eden olayda askerde sakatlanan (vücut fonksiyonlarının %90'ını yitiren ve yatalak olan) baba, destekten yoksun kalma nedeniyle 5 milyar lira maddi tazminat istemiş, ancak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bu istemi bedensel zarardan dolayı sadece bedensel zarara uğrayan kişinin tazminat isteyebileceği gerekçesiyle reddetmiştir.

¹¹⁰ D.10.D. 11.06. 1996, E.1996/4313, K.1996/3477.

¹¹¹ AYİM. 2.D. 13. 07. 1994, E.1993/848, K.1994/1449 , AYİM. sy. 9, s.634-635 (Armağan, op.cit.s.329) Diğer örnek: AYİM.2.D. 1.13.1995, E.1994/1292, K.1995/141, Serdar Özgüldür, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Ankara, 1996, s. 407.

erkeklik gücünü yitirmesi durumunda karının da manevi tazminat isteyebileceğini kabul etmektedir¹¹².

B. FİİLİ ZARAR - KAZANÇ KAYBI ZARARI

Haksız fiil sonucu, ortaya çıkan zararlar fiili zarardır. Örneğin: Trafik kazası sonucu hasara uğrayan otobüsün tamiri ve yeniden sefere konulabilmesi için yapılan harcamalar, bu kaza nedeniyle araçta meydana gelen değer kaybı fiili zarardır. Aynı şekilde, bankada yapılan yolsuzluk sonucu bankadan çekilen paralar, fiili zarardır.

Haksız fiil sonucu, fiilen gerçekleşmeyen, elde edilmesi mümkün olan kazanç kaybına yol açan zararlar ise, kazanç zararlarıdır. Örneğin: trafik kazası sonucu hasara uğrayan otobüsün sefere konulmaması nedeniyle; bankadan haksız olarak çekilen paraların banka işlemlerinde kullanılmaması nedeniyle uğranılan zararlar kazanç kaybı zararlarıdır¹¹³.

C. NORMATİF ZARAR

Alman hukukunda son dönemlerde zarar kavramında bir genişleme görülmekte ve daha önce tazmini mümkün olmayan bazı kayıplar için de tazmin olanakları yaratılmaktadır. Bu noktaya Alman hukuk öğretisinde savunulan farklı görüşler sonucu ulaşılmıştır. Bunlar, objektif zarar kavramı, fonksiyonel zarar kavramı, ticarileştirme düşüncesi ve normatif zarar kavramıdır. Bütün bu görüşlerde ortak nokta, zararın belirlenmesi yöntemi olarak kullanılan fark kuramının geleneksel zarar anlayışını yansıttığı ve günümüz zarar anlayışını belirlemede yetersiz kaldığı düşüncesidir. Bunlar arasında normatif zarar, Alman Federal Mahkemesi tarafından da kabul edilmiş ve tazmin edilebilirliği karar vermede gerekçe olarak kullanılmış olduğundan özel bir yere sahiptir. Normatif zarar kavramını savunanlar, günümüzde geçerli olan zarar anlayışını, tabii zarar anlayışı olarak

¹¹² AYİM.2.D.0 3 .05. 1989 , E.1987/46, K.1989/138 , Özgüldür, s. 385.

¹¹³ Kılıçoğlu, Borçlar s. 213.

nitelendirmeler olarak düzeltilmesi gerektiğini belirtmektedirler. Bu düzeltme ile birlikte, içinde hem maddi hem de manevi zarara ilişkin unsurları taşıyan, ancak malvarlığında bir eksilmeye yol açmayan kayıpların da tazmin edilmesi olasıdır.

Burada kayıplar arasında en önemli olanlar, bir eşyanın kullanma olanağından yoksun kalması nedeniyle, tatildeki dinlenme olanağından yoksun kalmaması nedeniyle uğranılan zararlardır. Türk Hukukunda da maddi ve manevi zarar arasında yer alan bu kayıpların MK m. 24, BK m. 41 ve 49 'a dayanarak tazmin edilebileceği belirtilmektedir¹¹⁴.

D. MADDİ ZARAR- MANEVİ ZARAR

Zararın en önemli ayrımı maddi zarar ve manevi zarar ayrımıdır. Burada bu tür zararlar detaylı bir şekilde ele alınacaktır. .

1. Maddi Zararlar

Maddi zararın doğru bir şekilde anlaşılması için ilk önce maddi zararın tanımı daha sonra maddi zararın çeşitleri incelenmesi gerekir.

a. Maddi Zararın Tanımı

Maddi zarar, bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmedir¹¹⁵. Maddi zararların parayla ölçülebilir nitelikte zararlar olduklarından şüphe edilemez. Maddi zarar, malvarlığının aktif değerlerindeki azalması veya pasiflerin artması sonucunu doğuran her durumda ortada bir maddi zararın mevcut olduğunu söyleyebiliriz¹¹⁶. Malvarlığının eksilmesinin için, zarar veren davranıştan (eylem, olay ve olgudan) sonra meydana gelen durumu ile bu davranış yapılmassa idi, gösterecek olduğu durumu

¹¹⁴ Kılıçoğlu, **Borçlar ,a.g.e.**, s. 213.

¹¹⁵ Sezai Aydınalp, Devletin Askeri “Manevra ve Atışlardan Doğan Zararlar Nedeniyle Hukuki Sorumluluğu”, **ABD.**, 1993, 50. Yıl, s. 565- 580.

¹¹⁶ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 719- 721; Özgüldür, **a.g.e.**, s. 337- 338.

karşılaştırılması gerekir. Burada maddi zarar, malvarlığının iki durumu arasındaki fark olarak ortaya çıkar¹¹⁷.

Maddi zarar konusunda kişilerin fiziksel bütünlüklerine yönelik zararlar önemli bir yer tutmaktadır. Bu tür zararlar genellikle bayındırlık hizmetlerine ve özellikle de devlet karayollarının bozukluğuna, bazen de kolluk hizmetlerine ilişkin eylemlere bağlanmaktadır¹¹⁸.

b. Maddi Zararın Çeşitleri

Maddi zarar, mala veilen zararlar, kişilere verilen zararlar, fiili zararlar ve yoksun kalınan zararlar olarak üzere ayrılmaktadır. Hem kişilik hakkının ihlali sonucunda, hem de eşyaya verilen hasarlar sonucunda bir maddi zararın doğup doğmadığı, ihlalın yada hasarın malvarlığında bir eksilme meydana getirmiş olup olmadığı irdelenerek tespit edilir. Bununla birlikte, kişilik hakkının ihlali sonucu meydana gelen zararlara ve eşyalara verilen hasar sonucu uğranılan zararlar farklı sonuçlara bağlanmaktadır¹¹⁹.

aa. Mala Verilen Zararlar

Kişilerin taşınır ve taşınmaz mallarına verilen zararlar, maddi zarardır. Mala ilişkin zarar, o malın yok edilmesi, hasara uğratılması veya tahrip edilmesi sonucu meydana gelen zarardır. Eşyanın ekonomik değerinin düşmesi veya ekonomik değerinin tamamen ortadan kalkması ya da tamir masrafının kendi değerini aşacak şekilde telef olması sonucu ortaya çıkar¹²⁰. Eşyanın ekonomik değeri düşmüş ve tamir ile eşya eski haline döndürülebilecekse zarar, tamir için yapılan veya yapılacak harcamaların ortaya çıkardığı eksilmedir. Tamire rağmen eşyayı haksız eylemden önceki durumuna getirmek mümkün değilse, tamir masraflarıyla birlikte eşyanın

¹¹⁷ Karahasan, **a.g.e.**, s. 55.

¹¹⁸ Etem Atay, Hasan Odabaşı, Hasan Tahin gökcan, **Teori Ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu Ve Tazminat Davaları**, Ankara, 2003, s.159.

¹¹⁹ Erdem Büyüksağış, **Yeni Sosyo- Ekonomik, Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, İstanbul ,2007, s. 53.

¹²⁰ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 585; Büyüksağış, **a.g.e.**, s. 74.

piyasa değerindeki düşme de zarar sayılır. Örneğin bir otomobilin kaza yapması, bir evin yanması veya bir süpermarkette vazunun kırılması sonucu meydana gelen zararlar maddi zararlardır¹²¹.

bb. Kişiyeye Verilen Zararlar

Kişiyeye verilen zarar, kişinin beden bütünlüğüne verilen zararlar da sonuçları itibariyle parayla ölçülebilir nitelikte maddi zarar niteliğindedir. Kişiyeye verilen zararlar, “ölüm” veya “bedensel zarar” olarak ikiye ayrılabilir.

1. Kişilerin uğradığı bedensel (cismani) zararlar da sonuçları itibariyle maddi zarar niteliğindedir. Bedensel zararlar, tedavi giderleri, çalışma gücünün azalması veya yok olması (işgücü kaybı, fonksiyon kaybı, efor kaybı), bakıcı ücreti, ekonomik geleceğin zorlaşması, gibi şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bunlar parayla ölçülebilir ve dolayısıyla mahkeme kararıyla tazmin edilebilir zararlardır.

Danıştay bazı kararlarında uğranılan bedensel zarar nedeniyle kişinin “evlenme şansının azalmasını” da bir kişisel zarar olarak kabul edip tazmini yoluna gitmemiştir¹²².

2. Kişinin ölümü de bir maddi zarardır. Bu zarar, ölümden önceki tedavi giderlerini, cenaze ve gömme giderlerini ve ölen kişiden sağlığında yardım alan kişilerin bu kişinin ölümden dolayı mahrum kaldıkları yardımları içerir. Bu son duruma uygulamada “destekten yoksun kalma” denir.

“Yoksun kalınan kâr” da maddi zarar oluşturur ve tazmin edilir. Örneğin ataması zamanında yapılmayan memurun mahrum kaldığı aylıklar, keza görevine son veren memurun açıkta kaldığı dönemde alamadığı maaşlar gibi.

¹²¹ D. 10.D. 22 .11. 1999 , E. 1998/186, K. 1999/6196, DD, S. 103, s. 864- 865İ Büyüksağış, s. 74.

¹²² D.10.D. 20 .10. 1999, E.1997/721, K.1999/5266 sayılı kararına konu teşkil eden olayda 27 .12. 1993 tarihinde ...ili 3. Ordu Komutanlığı 59. Topçu Er Eğitim Tugayına bağlı askerlerin, karayollarında seyreden bir araca, emir ve talimatlara uymayarak ateş açmışlar ve neticede araçtaki davacı ağır bir şekilde yaralanmış ve sakat kalmıştır. Uğradığı zararı tazmin için açılan Milli Savunma Bakanlığı aleyhine açılan tazminat davasını Sivas İdare Mahkemesi kabul etmiş ve bu kişinin “çalışma gücündeki azalma nedeniyle 1.573.817.016 lira, evlenme şansının azalması nedeniyle de 1.263.466.378 lira zarara” uğradığını tespit etmiş ve istemle bağlı kalınarak 500.000.000 lira maddi tazminata hükmetmiş ve bu karar Danıştay Onuncu Dairesi tarafından onanmıştır.

cc. Fiili Zarar

Doktrinde fiili zarara, olumlu zarar adı da verilmektedir. Ancak olumlu zarar kavramı, genellikle akdi sorumlulukta kullanıldığı için, fiili zarar yerine (olumlu zarar) kavramının kullanılması karışıklığa neden olacağından, kullanılmamalıdır.

Malvarlığının mevcut (net) durumunda zarar görenin iradesi dışında meydana gelen fiili (maddi, müspet) azalmaya fiili zarar adı verilir. Fiili zarar bir şahsın hilafına zarar verici fiil neticesinde mamelekinin aktifinde bir azalma veya pasifinde bir çoğalma meydana getiren zarardır¹²³.

dd. Yoksun Kalınan Zarar

Yoksun kalınan kâr, olayları normal akışına genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi sonucu meydana gelen azalmayı (zararı) ifade eder. Burada zarar, malvarlığında kesin olarak ya da büyük bir ihtimalle meydana gelebilecek bir artışın, kısmen veya tamamen önlenmesi yoluyla ortaya çıkmaktadır. Yoksun kalınan kâr sonunda malvarlığının fiili (saf, net) durumu artış göstermemekte, başka bir deyişle değişmemektedir. Buna karşılık, söz konusu olay malvarlığının gelecekteki muhtemel artışını önlemektedir¹²⁴.

Kârdan yoksun kalma, zarar görenin malvarlığının aktifinin çoğalmamış ya da pasifinde azalma olanağının yitirilmiş olmasıdır. Fiili zararın tazmin edilmiş olması, yoksun kalınan kârın istenemeyeceği anlamına gelmez. Örenğin koyunları haksız fiil tarihindeki bedeline hükmedilmiş olması ayrıca mahrum kalınan kârın istenemeyeceği anlamına gelmez¹²⁵.

¹²³ Köse, a.g.e., s. 33.

¹²⁴ Karahasan, a.g.e., s. 1170.

¹²⁵ Tekinay, v.d., a.g.e., s. 752.

Fiili zararlarla yoksun kalınan kâr arasındaki fark, şu şekilde açıklanabilir. Fiili zararda zarar görenin şimdiki zamanda sahip olduğu şeyler azalırken, yoksun kalınan kârda sahip olabileceği şeyler azalmaktadır. Ancak bazen aynı olay sonunda fiili zararla yoksun kalınan kâr birlikte gerçekleşmesi de mümkündür. Mesela mesleği yolcu taşımacılığı olan A'nın aracına zarar veren idare, A'nın arabasını hasara uğratmış, ayrıca arabanın tamiri süresince de A çalışmamışsa arabanın hasara uğraması nedeniyle yapılan tamir giderleri ile arabanın değerinden kaybetmesi, fiili zararı; çalışmadığı sürece A'nın kazanmadığı gelir de yoksun kalınan kârı oluşturur. Yoksun kalınan kâr hem kişiye verilen zararlarda hem de mala verilen zararlarda söz konusu olabilir. Mesela adam öldürülmesi halinde desteklerini kaybeden kişiler uğradıkları zarar yoksun kalınan kârdir¹²⁶.

Yoksun kalınan kâr, farazi ve geleceğe ilişkin bir zarar olduğu için, zarar yoksun kalınan kâr anındaki gelir imkanları da göz önünde tutulur. Zira zamanla zarar görenin gelir durumunda değişmeler ve özellikle artışlar olabilir.

Yoksun kalınan kârın hukuk ve etik olarak uygun bir gelir olması gerekir. Hukuk veya ahlaka uygun olmayan gelir yoksun kalınan kâr olarak talep edilmez.

Ekonomik değer taşıyan her türlü eksilme ve kayıp, zarar kapsamına girer. Bu yüzden tazminat davası nedeniyle zarar görenin ödediği vekalet ücreti ve dava giderleri de tazmin edilmelidir. Yaralanan bir kimsenin, iş ve gücünden geri kalmasından uğradığı zarar, satım sözleşmesinde malın ileride daha çok bedele satılmasına engel olan davranış ile meydana gelen getirilen zarar, yangın nedeni ile dükkanın bir süre açılmaması ya da hasar verilen otunun bir süre çalıştırılmamış bulunması sonucu uğranılan zarar yoksun kalınan kâr olarak gösterilebilir¹²⁷.

¹²⁶ Köse, a.g.e. s. 38.

¹²⁷ Köse, a.g.e., s. 40.

2. Manevi Zararlar

Çalışmamızın bu bölümünde ilk önce genel olarak manevi zararın tanımı daha sonra maddi zararın çeşitleri incelenecektir.

a. Genel Olarak Manevi Zarar

Malvarlığı dışındaki hukuki değerlere manevi varlığa yapılan saldırılardan ötürü meydana gelen eksilmeye manevi zarar denir. Zarar görenin psikolojik varlığı üzerinde nasıl bir etki yaptığı göz önünde tutulmaksızın, kendisi kişilikte veya kişisel varlıklarda meydana gelen objektif bir eksilmeyi ifade eder¹²⁸. Kişisel değerler ve varlıklardaki bu eksilmenin parayla ölçülebilmesi imkansız olursa, hukukta bu eksilmeyi gidermek, kişinin bozulan ruh dengesini sağlamak çekilen acıları dindirmek zorunluluğu duyulmuştur. Manevi zararın doğrudan doğruya zarar verenin malvarlığından bir akça tutarı alınıp zarar uğrayana ödenmekle acıları dindirmek ruhsal denge sağlamak istenilmiştir. Bu zorunluluk yargı kararları ile de benimsenmektedir¹²⁹.

Manevi tazminatın amacı çekilen acıları yeterince dindirmek yaşama yeniden bağlamak yolu ile ruhsal dengeye sağlamaktır. Bu nedenle manevi tazminat olarak takdir edilecek paranın tutarı bu amacın gerçekleşmesini sağlamaya yönelik olmalıdır¹³⁰.

“Manevi zarar” deyimi gerçek bir zarar değil duyulan acıları ve ruhi sarsıntılar anlatır. Şüphesiz bu acılar ve sarsıntılar için de failin sorumluluğu kabul edilmiştir. Fakat maddi zararlar için sorumluluğu temeli şartları ve sonuçları ile ruhi sarsıntılardan doğan sorumluluğun temeli şartları ve sonuçları aynı değildir¹³¹.

¹²⁸ Gürsel Kaplan, “Danıştay ve Askeri İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi”, **AÜHFD.**, Cilt: 55, Sayı: 2, Ankara, 2006, s. 121.

¹²⁹ Köse, **a.g.e.**, s. 42, 43.

¹³⁰ Y.15.H.D, 24.12.1975, E. 4356, K. 5124 , Karahasan, **a.g.e.**, s.88; Y.15.H.D, 3. 04.1975, E. 1709, K. 1830, Karahasan, **a.g.e.**, s. 88.

¹³¹ Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 736.

Bu anlamda zarar, malvarlığı ile ilgili bir kavram olarak tanımlanmaktadır. Manevi zarar için yabancı hukuk sistemlerinde bazen “manevi haksızlık” ve ya “manevi üzüntü” gibi teknik deyimler kullanılmaktadır. Bununla birlikte, sözü geçen sistemlerde, özellikle Fransız, Avusturya ve Alman hukukunda zarar kavramı geniş olarak anlaşılmakta, maddi zarar yanında manevi zarar deyimini de kullanılmaktadır¹³².

Manevi zarar, bir kişinin şahıs varlığında (kişilik haklarında, manevi değerlerinde) iradesi dışında meydana gelen bir eksilmeyi ifade eder. ayrıca manevi zararda, şahıs varlığının (kişilik haklarının, manevi değerlerin)zarar görenin iradesi dışında eksilmiş olması gerekir. Manevi zarar üç unsurdan oluşur: Şahıs varlığı, şahıs varlığındaki azalma, azalmanın irade dışı olmasında ibarettir.

Şahıs varlığı, bir kişinin kişi olarak haiz olduğu hukukça korunan değerlerdir. Hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, resim, şeref, haysiyet, ticari itibar gibi değerler kişilik haklarını oluşturur. Bu değerlere saldırı, objektif olarak bir eksilmeyi (zararı) ifade eder. Hukuka aykırı bir tecavüz (saldırı) sonunda şahıs varlığında meydana gelen eksilmeyi manevi zarar olarak nitelendiren bu teoriye” objektif teori” denilmektedir¹³³.

Diğer taraftan “acıyı hissetme, ızdırabı yaşama”, ”azalmanın bilincinde olma” unsuru, muğlak, keyfi, ve sübjektif bir unsurdur. Kimin hangi oranda böyle bir acıyı duyup yaşadığını tespit ve takdir etmek objektif kriterler göre belirlenmez.

Daha önceden de belirttiğimiz gibi, manevi zarar, bir kişinin şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme demektir. 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 eder¹³⁴. Bu değerlere yapılan bir saldırı her halükarda bir manevi zarar yol açtığı varsayılmalıdır. Bunun dışında ayrıca

¹³² Eren, **a.g.e.**, s. 498.

¹³³ Eren, **a.g.e.**, s. 499.

¹³⁴ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 719 - 721; Özgüldür, **a.g.e.**, s. 337 - 338.

bu saldırıdan dolayı söz konusu kişinin ruhsal acı ve ıstırap duyduğunun kanıtlanması gerekmez¹³⁵.

O halde, aynen maddi zararda olduğu gibi, manevi zarar da kişinin malvarlığı veya şahıs varlığına yönelik haksız fiil sonucu ortaya çıkabilen bir zarardır. Bunun sonucu olarak, şahıs varlığı zararı ile manevi zararı birbirinden ayırt etmek gerekir. Şahıs varlığı zararı hem de manevi zarara yol açabilir.

Maddi zararın somut olarak kanıtlanması mümkünken manevi zararın somut olarak kanıtlanması kolay değildir. Zire, kişinin duygu yaşamında uğradığı zararın elle tutulur gözle görülür kanıtlara dayandırılmamaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yaratacağı etkileri bakımından iki tür manevi zarardan söz edilebilir. Salt manevi zarar ve maddi etkileri de olan manevi zararlar. Örneğin, kendisine haksız yere suç isnat olunan ve bu yüzden işini kaybeden kişinin uğradığı zarar hem manevi ve hem de işini kaybetmiş olması dolayısıyla maddidir. Ayrıca kişinin beden bütünlüğüne yapılan saldırı nedeniyle çalışma ve kazanma gücünde bir azalma olması halinde de durum böyledir¹³⁶.

b. Manevi Zararın Çeşitleri

Kişilik haklarına verilen zararlar, şeref ve haysiyete verilen zarar, özel hayata verilen zarar, ses- isim ve resme saldırı sonucu meydana gelen zararlar, özgürlüklere saldırı sonucu meydana gelen zararlar, basın yoluyla kişilik hakkına saldırı halinde meydana gelen zararlar, estetik zararlar fiziksel acılar ve manevi acılar olarak ayrılmaktadır.

¹³⁵ Gözler, **a.g.e.**, s. 1192.

¹³⁶ Kaplan, **a.g.e.**, s. 125.

aa. Şeref ve Haysiyete Verilen Zaralar

Manevi değerlere dokunan zararlar manevi zarar sayılır. Bu manevi değer, şeref, ün gibi değerler olabilir. Keza bir kişinin ününe yapılan saldırı da manevi zarar kabul edilir. Kişinin kişilik haklarına yapılan tecavüz de tazmin edilmesi gereken manevi zarar olarak kabul edilmektedir¹³⁷. Manevi zarar, kişilerin gerek doğuştan sahip oldukları, gerekse sonradan hal ve davranışları nedeniyle çevresi tarafından tanınan iyi ve güzel değerlerdeki kaybı ifade eder. Kişinin cinsiyeti, ırkı, dini, vatandaşlığı gibi değerleri doğuştan sahip olduğu değerlerdir. Buna karşılık, kişinin ahlâk yapısı, hukuk kurallarına saygısı, meslekî faaliyetleri, yetenekleri, yaşam ve dünya görüşü tarzı gibi değerleri sonradan çevresi tarafından verilen değerlerdir¹³⁸.

bb. Özel Yaşama Verilen Zararlar

Kişinin toplum içindeki yaşamı, bunu paylaştığı kişiler çevresine göre üçe ayrılmaktadır:

aaa. Ortak Yaşam Alanına Gelen Zararlar

Bu alana kişinin çok geniş ve belirsiz kişilerden oluşan çevresiyle paylaştığı yaşam faaliyetleri girer. Örneğin: Pazardaki alışveriş; sinema ya da tiyatro gösterisine katılma; spor karşılaşmalarını izleme gibi. Bu alandaki yaşam faaliyetlerinin başkaları tarafından izlenmesi, anlatılması, görüntülenmesi kişilik hakkını ihlal etmez. Ancak, kişinin bu alandaki görüntülerinin diğer belirsiz ve geniş kişiler çevresinden ayıklanarak özel olarak işlenmesi hukuka aykırıdır ve kişiye zarar verebilir¹³⁹.

¹³⁷ D.10.D. 20 .04. 1989, E. 1998/1042, K. 1989/857 .

¹³⁸ Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 290.

¹³⁹ Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 290 - 291.

bbb. Dar Anlamda Yaşam Alanına Gelen Zararlar

Dar anlamda yaşam alanına kişinin geniş, fakat bildiği kişilerden oluşan çevresiyle paylaştığı yaşam faaliyetleri girer. Örneğin: Davetlilerin katılabildiği yaş günü, düğün, şirket, dernek, vakıf toplantıları. Kişileri çevresindeki yaşam faaliyetlerinin izlemesi, görüntülenmesi, anlatılması hukuka aykırı değildir. Burada meydana gelen zararlar tazminat gerektirmez¹⁴⁰.

ccc. Sır Alanın İhlali Sonucu Meydana Gelen Zararlar

Buraya, kişinin belirli kişi veya kişilerle paylaştığı yaşam alanları girer. Bu alandaki yaşam faaliyetlerinin kişinin rızası dışında izlenmesi, görüntülenmesi, anlatılması hukuka aykırıdır. Örneğin: Kişinin kendi aile fertleriyle, iş ortaklarıyla, birlikte yaşadığı paylaştığı yaşam faaliyetleri buraya girer. Burada meydana gelen zararların tazmin edilmesi gerekir¹⁴¹.

cc. Ses - İsim ve Resme Saldırı Sonucu Meydana Gelen Zararlar

Kişilerin sesi, ismi ve resmi üzerindeki hakkı da kişilik hakkını oluşturan varlıklarıdır. Bunların rızası dışında kullanılması kişilik hakkını ihlâl eder. Örneğin: kişinin sesinin rızası dışında reklâmda kullanılması, isminin rızası dışında kitapta ya da açılışta kullanılması, resminin rızası dışında reklâm olarak basılması halinde kişilik hakkı ihlâl edilmiş olur. Burada meydana gelen zararların tazmin edilmesi gerekir¹⁴².

dd. Özgürlüklere Saldırı Sonucu Meydana Gelen Zararlar

Buraya kişilerin Anayasa'da ifadesinde bulunan temel hak ve özgürlükleri girer. Bu özgürlüklerin hukuka aykırı bir şekilde kısıtlanması

¹⁴⁰ Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 291.

¹⁴¹ Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 291.

¹⁴² Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 291.

kişilik hakkını ihlâl eder ve koşulları varsa manevi tazminata yol açarlar. Kişinin bu anlamda olmak üzere, hak arama özgürlüğünün ihlâl edilmesi kişilik hakkına saldırı oluşturur¹⁴³.

ee. Basın Yoluyla Kişilik Hakkına Saldırı Halinde Meydana Gelen Zararlar

Kişilik hakkının basın yoluyla gelen saldırılara karşı korunması, her zaman güncel bir hukuksal sorun olarak karşımıza çıkmıştır. Bugün yazılı basın yanında kişilik hakkı bakımından görüntülü(görsel) basın daha büyük bir tehlike oluşturmuştur. Zira, görüntülü basın yazılı basına göre çok daha geniş kitlelere ulaşabilmektedir. Öte yandan, yazılı basın ancak okuma yazma bilenlere hitap ettiği ve okuma zahmetini gerektirdiği halde, görüntülü basın bunları gerektirmeyen zahmetsiz bir iletişim aracı konumundadır. Ancak, ister yazılı ister görüntülü basın yoluyla olsun, kişilik hakkının ihlâli halinde bir zara meydana gelir ve bu zararın tazmin edilmesi BK. m. 49' e göre yapılır.

Basın yoluyla yapılan bir açıklamanın kamu yararına yönelik olup olmadığı konusu, yapılan açıklamanın gerçeğe uygunluğu konusunda da önem taşır. Basının kamu yararına hizmette bulunabilmesi, ancak gerçeğe uygun açıklamalarda bulunmasıyla mümkündür. Acaba yapılan bir açıklama ne zaman gerçeğe uygun sayılacaktır?

Basın özgürlüğünün tanınmasının sebebi kamu yararı olduğuna göre, bu yarar kamuoyunun ancak gerçeğe uygun bilgilerle donatılması halinde söz konusu olabilir. Bu nedenle, gerçek dışı açıklamalar kamu yararına yönelik olamazlar ve basın özgürlüğü hukuka uygunluk sebebinden yararlanamazlar.

¹⁴³ Kılıçoğlu, **Borçlar**, s. 291.

ff. Estetik Zararlar

Estetik zararlar da tazmin edilebilir niteliktedir. Eski BK. m. 53'ye göre, yüzün şeklini değiştirmesi sebebi ile bir tazminat tayin edilmesi için mağdurun muhtemel menfaatleri tehlikeye düşmeli idi. Fakat daha sonra içtihat, yüzün şeklinin değişmesinden doğan manevi zarar sebebi ile tazminat da kabul etmiştir. Mesela, bir hastanın ameliyat sonucunda yüzde kalan bir iz, bir kolun diğerine göre kılmasından dolayı idareyi tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Haliyle estetik zararların takdirinde hakim, zarar gören kişinin cinsiyetini, yaşını ve mesleğini de dikkate alır¹⁴⁴.

gg. Fiziksel Acı

Fiziksel acılar veya elem uzun zaman boyunca parayla ölçülemez nitelikte bulunmuş ve bu nedenle tanzim edilemez olduklarına karar verilmiştir¹⁴⁵.

Danıştay'ın kararlarda kullandığı "acı" kelimesi "fiziksel acı" anlamında, ilk karar da kullandığı "üzüntü" ikinci kararda kullandığı "elem" kelimesi ise hemen aşağıda göreceğimiz "manevi acı" anlamındadır¹⁴⁶.

hh. Manevi Acı

Bir kişinin "fiziksel acı"dan başka "manevi acılar" da hissetmesi mümkündür. Manevi acılar, duygusal zarar niteliğindedir. Manevi acılarda, bu acıyı çeken kişi, fiziki bir acı değil, ruhi bir acı çeker. Örneğin bir kazada gözünü kaybeden kişi bu olay ve tedavi esnasında acı çeker. Bu acı fiziksel acıdır. Ancak bu kişi, buna ek olarak belki hayatı boyunca gözünün olmamasından dolayı acı çekecektir. Bu acı ise bir manevi acıdır. Gözünü

¹⁴⁴ D. 10.D. 10.04. 1992, E. 1990/3954, K. 1992/1362 .

¹⁴⁵ D.10.D. 19.10. 1999 . E.1997/3565 K. 1999/5224 sayılı gazlı bez kararına konu teşkil eden olayda bir hastanın ameliyat bölgesinde gazlı bez unutulmuştur. İdare mahkemesi hastaya, "unutulan gazlı tamponun süresinde çıkarılmaması nedeniyle olay süresince çektiği acı ve elem karşılığı taktiren 4 milyon TL manevi tazminatın ödenmesi gerektiğine" karar vermiştir.

¹⁴⁶ D. 10.D. 7 .11. 1996, E 1995/4650, K. 1996/7153.

kaybeden bu kişinin sadece fiziki bütünlüğünde değil, aynı zamanda ruhsal bütünlüğünde de bir eksiklik ortaya çıkar. Örneğin bu kişinin yaşama sevincini azaltır¹⁴⁷.

Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, manevi tazminatın bir “tazmin” aracı değil, bir “tatmin” aracı olduğuna işaret etmektedir. Danıştay’ın bu konuda çeşitli kararlarında kullandığı formül şudur:

“Manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Olayın gelişimi ve sonucu, ilgilinin durumu itibarıyla manevi zarara karşılık mahkemece takdir edilecek manevi tazminatın, manevi tatmin aracı olmasından dolayı zenginleşmeye yol açmayacak miktarda, fakat idarenin olaydaki kusurunun niteliğini, ağırlığını ifade edecek ve ilgililerin duyduğu acı ve üzüntüyü kısmen de olsa giderebilecek ölçüde saptanması zorunludur¹⁴⁸.

E . SOMUT ZARAR – SOYUT ZARAR

Somut zarar soyut zarar ayırımı ihlal edilen malvarlığı değerinin, tek başına ya da zarar görenin malvarlığı bütünü içindeki yeri dikkate alınarak değerlendirilmesi şeklinde yapılmaktadır. Somut veya sübjektif zarar anlayışı, zararın zarar görenin somut ve sübjektif durumuna göre anlaşılması tezini savunur. Buna göre, zarar, zarar görenin zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaatidir. Buna, “tabiî zarar” da denilmektedir. Burada

¹⁴⁷ D.10.D. 12.10. 1999, E.1997/324, K.1999/4801 sayılı kararına konu teşkil eden olayda Sağlık Bakanlığında hukuk müşaviri olarak görev yapan bir kişinin, görevi başında olduğu bir sırada 2 Mayıs 1996 tarihinde odasının pencere camı aniden çerçevesinden çıkarak başına düşmüştür. Bu kişi cam kesikleriyle yaralanmış ve hastaneye kaldırılarak 8 gün rapor almıştır. Bu kişi 75.000.000 lira manevi tazminat istemiyle Ankara İdare Mahkemesinde tam yargı davası açmıştır. Ankara Üçüncü İdare Mahkemesi, 27.02.1997, E.1996/976, K.1997/294 sayılı kararıyla “dava konusu olayda davacının şeref ve haysiyetini rencide edici bir kusur bulunmadığı gibi bu olay nedeniyle duyulduğu ileri sürülen üzüntü ve elemde manevi açıdan tazmin edilmesini gerektirecek bir nitelik taşımadığı” gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

¹⁴⁸ Siddık Sami Onar, **İdare Hukuku**, İstanbul ,1966, s. 1718; Gürsel Kaplan, “Danıştay Kararları Çerçevesinde Tam Yargı Davalarında Zarar Kavramı”, Yüksek Lisans Tezi Yayınlanmamış, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul , 1993, s. 91.

zarar, ihlâl edilen değerlerin, malvarlığının bütünü içindeki yeri ve zarar gören için arz ettiği sübjektif değer ve önemi üzerinden hesaplanır. Soyut ve objektif zarar anlayışında ise, ihlâl edilen varlık tek başına ele alınır ve bunun piyasada arz ettiği objektif değer, zararın hesabında esas alınır. Bu bakımdan, somut zarar – soyut zarar, daha çok zarar ve tazminatın hesaplanmasıyla ilgilidir¹⁴⁹.

F. MUNZAM ZARAR

Borçlu temerrüdünün para borçlarında iki önemli sonucu bulunmaktadır. Bunlardan biri temerrüt faiz, diğeri munzam zararın tazminidir. BK. m. 105' e göre "alacaklının duçar olduğu zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bu zararı dahi tazmin ile mükelleftir". Munzam zarar, borçlunun para borcunu ifada gecikmesi nedeniyle, faizin, alacaklının gecikmeden dolayı uğradığı zararı karşılayamaması halinde söz konusu olur. Bu durum, daha çok ifade gecikilen zaman süresi içinde, yani temerrüt tarihinden tahsil tarihine kadar geçen sürede, borç konusu para meydana gelen değer kaybının temerrüt faizinden fazla olması halinde ortaya çıkar¹⁵⁰. Alacaklının malvarlığında iradesi dışında meydana gelen ve temerrüt faizinin üzerinde bulunan bu zarara "munzam (ek) zarar" denir¹⁵¹.

Para borçlarına ilişkin bir alacağın muaccel olması ile gecikerek ifa arasında para değerinin düşmesi halinde temerrüitten doğan bir zarar meydana gelir. Paranın değer kaybetmesi sonucu gecikmeden doğan bir zarar, eğer alacaklı parayı zamanında elde edebilirse bu kaybı alacağı tedbirlerle engelleyerek tazmin edilir. Dolayısıyla normal enflasyon sebebiyle meydana gelen zararın tazmini ancak alacaklının bu zararın meydana gelmesini

¹⁴⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 497.

¹⁵⁰ Munzam zarar konusunda geniş bilgi için bkz, Akar Öcal, **Munzam Zarar**, 3. C. 1967. s. 114-158.

¹⁵¹ Bu konuda bkz, Eren, **a.g.e.**, s. 1063; Şerafettin Şirin, **Hukukumuzda Faizi Aşan Munzam Zarar Ve Faiz**, İstanbul, 1996, s. 12; Vedat buz, "Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı", **YD.**, 1998, Sayı: 3, s. 369.

engellemesi sonucunda mümkündür¹⁵². Yüksek enflasyonun neden olduğu para değerindeki düşmenin, temerrüt faizinden fazla olması halinde, enflasyonun munzam zarar olup olmadığı tartışmalıdır¹⁵³. Ancak YHGK, enflasyonu munzam zarar olarak kabul etmemektedir¹⁵⁴.

Yabancı para borçlarında devalüasyon nedeniyle meydana gelen kur farkını, faiz çoğu zaman karşılamayabilir. TBK. M. 83'e, 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanun ile eklenen 3. fıkraya göre, yabancı para borcunu vadesinde ödememesi halinde alacaklı, bu borcu vade veya fiilî ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödemesini borçludan isteyebilir. Alacaklıya tanınan bu yetki sonunda onun, yabancı para borcunun fiilî ödeme günündeki rayice göre yapılması halinde kur farkı zararı ortadan kalkar. Fiilî ödeme gününde farazi olarak böyle bir zarar söz konusu olsa bile, alacaklı, vade günü yerine fiilî ödeme gününü seçmiş olduğu için sonucuna da katlanmak zorundadır¹⁵⁵.

Munzam zararın tazmininin istenebilmesi için, alacaklının uğradığı bir munzam zararın bulunması, bunun alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekir. Ayrıca borcun bir para borcu olması, borcun ödenmesinde temerrüde düşülmesi ve borçlunun bunda bir kusurunun bulunması gerekir. Munzam zararda borcun kaynağı sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ya da vekâletsiz iş görme olabilir¹⁵⁶.

İdare kişilerden aldığı para borcunu ifada gecikmesi nedeniyle, faizin, alacaklının gecikmeden dolayı uğradığı zararı karşılayamaması halinde, munzam zarar söz konusu olur. Bu durum, daha çok ifada gecikilen zaman

¹⁵² Hasan Ayrancı , **Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar** (BK. m. 105), Ankara, 2006, s. 165.

¹⁵³ Bu görüşte bkz, Tekinay, v.d., a.g.e., s. 943; Nami Barlas, **Yeni Medeni Kanununda Aynî Teminata İlişkin Düzenlemeler**, Ünal Takinalp'e Armağan, C. 2, İstanbul 2003 (Kısaltılmışı: Barlas, Aynî Teminat), s. 212; Ayrancı, **a.g.e.**, s.169 .

¹⁵⁴ Munzam zarar ile ilgili Y. 15. H.D.12.9.1995 , E. 1995/4114, K. 1995/4916 sayılı kararında “öte yandan, faizi aşan zarar olarak talep edilen munzam zarar hesabının, yukarıda anılan teknik bilirkişi raporu alındıktan sonra buna göre hesap edilmesi, faiz dışındaki zararın ne şekilde oluştuğu somut olarak belirterek hüküm altına alınması gerekirken soyut bir munzam zarar hesabı yapılması da usul ve yasaya aykırıdır” gerekçesi ile yerel mahkeme verdiği munzam zarar kararını bozmuştur. (Bu karar yayınlanmamıştır). Eren,2006, **a.g.e.**, s. 1063.

¹⁵⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 1063 - 1064.

¹⁵⁶ Mahmut Bilgen, **İlmi ve Kazai İçtihatlar Işığında Faiz Hukuku Munzam Zarar ve İlgili Mevzuat**, İstanbul , 2001, s. 293.

süresi içinde, yani temerrüt tarihinden tahsil tarihine kadar geçen sürede, borç konusu olan para, meydana gelen değer kaybının temerrüt faizinden fazla olması halinde ortaya çıkar. Mesela, alacağını vaktinde idareden alamayan alacaklı işlerini yürütmek veya başka bir şahsa borcunu ödemek için ihtiyaç duyduğu krediyi (parayı) piyasadan %50 faiz ile sağlayıp, böylece borçlunun temerrüt faizi olarak kendisine ödeyeceği %25 temerrüt faizinden daha yüksek faiz ödemek suretiyle munzam (ek) bir zarara uğrayabilir. İdare bir tüzel kişi olarak gerçek kişilerden olduğu gibi bu zarardan sorumlu ve aynı zamanda da bu zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu söylenebilir.

G. MÜSPET ZARAR- MENFİ ZARAR

Bu tür zarar ayırımında sözleşme (akit) sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Genel olarak menfi zarar sözleşmenin kurulmamasından ve ya geçerli olmamasından, müspet zarar ise, sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder. Menfi zarar müspet zarar ayırımı akit dışı sorumlulukta söz konusu olmaz¹⁵⁷

1. Müspet (Olumlu) Zarar

Genel bir anlatımla, sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zararlara müspet (olumlu) zarar denir. Alacaklının malvarlığının, borcun yerine getirilmesinden ötürü durum arasındaki, olumlu zarar diye nitelendirilmektedir. Burada, borcun yerine getirilmesindeki çıkarın gerçekleşmesinden ötürü uğranılan zarar söz konusu olur. Böylece müspet zarar, alacaklının sağlayacağı çıkarlardan yoksun kaldığını anlatır. Sözleşmenin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi, alacaklıyı gerçekleşmesini beklediği çıkarlardan yoksun bırakır ki, borçluyu meydana gelen zararı giderme ile sorumlu tutarlar¹⁵⁸. Başka bir ifadeyle alacaklının mal varlığının borcu yerine getirilmesi sonucu ulaşacağı durum ile borcun

¹⁵⁷ Eren, a.g.e., s. 497.

¹⁵⁸ Karahasan, a.g.e., s. 64.

yerine getirilmemesinden oturma göstereceği durum arasındaki fark olumlu zarar diye nitelenir.

2. Menfi Zarar

Menfi zarar, gerçekleşeceğine güvenilen bir sözleşmenin geçersiz olması sonucu meydana gelir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme ya da görüşme yapılmadığında, uğranılan olan zarar, menfi zarardır. Burada sözleşmenin gerçekleşmesinden beklenen çıkarların elde edilememesi menfi zarardır. Özellikle BK.26 39/1. maddelerde olumsuz zarar ilişkin hükümler yer almıştır¹⁵⁹. Yargıtayın ilgili kararına göre; *“Davacı, gerçekleştiğine güvenilen bir sözleşmenin geçersiz olması ya da kurulmasına inanılan bir sözleşmenin kurulmaması yüzünden uğradığı olumsuz zararı davalı belediyeden isteyebilir”*¹⁶⁰.

H. KİŞİSEL ZARAR MALA ZARAR

Zararın son çeşidi ise kişiye verilen zarar ve şeye verilen zarar oluşturmaktadır.

1. Kişiyeye İlişkin Zarar

Kişiyeye ilişkin zarar, beden bütünlüğünün ihlali ve kişinin ölmesi sonucu uğranılmış olan zarardır¹⁶¹.

Adam öldürme veya beden bütünlüğünün ihlali sonucunda malvarlığında meydana gelen eksilmeler, şahsa verilen zararı oluşturur. Vücut bütünlüğünün ihlali sonucu şahsa verilen zarara cismani zarar verilmektedir. Zira burada, bir insanın hayatına, fizik ve ruh bütünlüğünün ihlali sonucunda

¹⁵⁹ Karahasan, a.g.e., s. 64.

¹⁶⁰ Karahasan, a.g.e., s. 65.

¹⁶¹ Karahasan, a.g.e., s. 68.

uğranılan zarar söz konusudur. Vücut bütünlüğünün ihlali, zararlı bir sonuç doğurmamışsa, şahsa verilen zarardan bahsedilmez¹⁶².

2. Mala Zarar

Şeye ilişkin zarar, şeyin yok edilmesi, hasara uğratılması, tahribi sonucu meydana gelen zarardır¹⁶³. Şeye verilen zarar, maddi malların ihlali sonucunda doğan zarardır. Örneğın; taşınır veya taşınmaz bir malın bir binanın, otomobilin yok edilmesi veya hasara uğratılması veya kaybindan doğan zararlar bu kapsama girer.

İV. İDARENİN ÖZEL HUKUKTAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

İdarenin Özel Hukuk sorumluluğu, idarenin özel hukuka tabi olan ve uyuşmazlıkları adli yargıda çözümlenen mali sorumluluğudur. Bu sorumluluk dahilinde, idarenin kişilere verdiği zararlar, özel hukuk hükümlerine göre tazmin edilir. İdarenin özel hukuka tabi eylem ve işlemleri söz konusu olduğunda idarenin özel hukuk sorumluluğu ortaya çıkabilir. İdarenin özel hukuka tabi olan faaliyetleri şunlardır.¹⁶⁴

1. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmelerinden Doğan Zararlar: Burada idari sözleşmeden maksat, sözleşmenin taraflarından en az birisinin kamu tüzel kişisi olması ve sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması veya sözleşmede özel hukukın hükümlerinin bulunması, kamu gücü ayrıcalık veya yükümlülüklerinin bulunmaması gerekir. bu şartları içeren sözleşmeler idari sözleşmedir ve bundan doğan zararlar borçlar hukukuna göre tazmin edilir. Örneğın kira sözleşmeleri, bayilik sözleşmeleri ve hizmet sözleşmeleri .
2. Sanayi ve Ticari Kamu Hizmetlerinden Doğan Zararlar: Sanayi ve ticari kamu hizmetleri özel hukuka tabidir. Bu tur hizmetlerin yürütülmesinden

¹⁶² Eren, **a.g.e.**, s. 258.

¹⁶³ Karahasan, **a.g.e.**, s. 68.

¹⁶⁴ Çağlayan, **a.g.e.**, s.155-177

kaynaklanan zararlardan dolayı açılacak tazminat davaları da adli yargının görev alanı içersinde yer alır.

3. İdarenin Özel Mallarının İşletilmesinden Kaynaklanan Zararlar: İdarenin özel malları özel hukuka tabidir. Dolayısıyla idarenin sahip olduğu özel mallarının işletilmesinden doğan zararların tazminine da özel hukuk hükümleri uygulanır. Buradaki idarenin sorumluluğu, bir özel hukuk sorumluluğudur.
4. Fiili Yol Usulsüz El Koymadan Doğan Zararlardır: Burada “fiili yol” ifadesinden maksat idarenin herhangi bir idari işlem yapmadan ve açıkça hukuka aykırı bir şekilde özel kişilerin mülkiyet haklarına müdahale etmesidir. “usulsüz el koyma” ise, idarenin geçici işgal gibi bir kararı almadan bir taşınmazı işgal etmesidir. Hem fiili yol hemde usulsüz el koyma eylemlerinden doğan zararlar, özel hukuk hükümlerine göre tazmin edilir.
5. Kamu Görevlilerinin Kişisel Kusurundan Doğan Zararlar: Burada kamu görevlilerinin kendileri özel hukuk hükümlerine göre sorumludur. Bu davalar adliye mahkemelerinde görülür.
6. Kanunla Özel Hukuka Tabi kılınmış Zararlar: Kanuna dayanarak idarenin bazı eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararların özel hukuka tabi olduğu ve bunlardan doğan davaların adli yargıda karara bağlanacağı öngörülmüştür. Mesela, Türkiye’de motorlu araçların yaptığı kazalardan doğan sorumluluğu kanunla özel hukuka tabi kılınır¹⁶⁵.

Diğer bir örnek; kara yolu üzerindeki trafik kazasının, kazaya karışan araçların teknik kusurundan veya bu araçların sürücülerinin kusurundan değil, kısmen veya tamamen karayolunun yanlış planlanmasından, bakımsızlığından doğan sorumluluk da kanunla özel hukuka tabi kılınır.

¹⁶⁵ Türkiye’de idarenin motorlu taşıtların yaptığı kazalardan doğan uyuşmazlıkların 13.10. 1983 ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun adli yargının görev alanına girdiği kabul edilmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARENİN SORUMLULUĞUNU GEREKTİREN ZARARIN KAYNAĞI VE ÖZELLİKLERİ

I. İDARİ FALİYETLERE GÖRE ZARAR

İdarenin sorumluluğuna, idari faaliyetlerle kişilere verilen maddi ve manevi zararlar yol açar. Bu zararlara sebep olan idare işlem, eylem ve davranışları değişik şekillerde ortaya çıkar.

A. İdari İşlemden Doğan Zarar

Bir idari işlemin sadece yapılması ve ilgililere duyurulması çok zaman zarar yaratmaz. Zararın doğması, söz konusu işlemin, araya giren eylemlerle uygulamaya geçirilmesine bağlıdır. Ancak, bazı hallerde bazı işlemler sırf yapılmaları ile ilgililere zarar verebilirler¹⁶⁶.

İdarenin olumsuz kararları, yani bir ruhsat (izin) istemini reddeden; istem konusu herhangi bir şeyin yapılamayacağını gösteren işlemleri böyledir. Sözgelimi, bir dükkânın açılması için gerekli şartları yerine getiren kişiye ruhsat verilmemesi, bu yüzden dükkânı işletmeyen veya gecikerek faaliyete geçiren kişiye zarar verir. Ayrıca disiplin cezası getiren bazı hukuka aykırı idari işlemlerde yapılmaları veya duyurulmaları ile maddi zarar veya manevi zarar yol açabilir. Mesela, bir memurun haksız bir şekilde görevinden atılması halinde böyle bir durumla karşı karşıya kalabiliriz¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Yavuz Esin , *Danıştay da Açılacak Tazminat Davaları, I Usul*, 2. Baskı, Ankara, 1979. s. 258; Aksi görüş için bkz, Sarıca, *a.g.e.*, s. 341.

¹⁶⁷ Yayla, *a.g.e.*, s. 140.

B. İdari İşlemin Uygulanması Eyleminden Doğan Zarar

Burada, ilgilinin değil, idarenin bir eylemi vardır. Mesela, bir gecekondunun kanuna aykırı olarak yıktırılması kararı uyarınca, yıkma eylemi; yıkılma tehlikesi var diye bir binanın yıktırılmasına karar verilmesi ve bu kararın belediye tarafından icra edilmesidir¹⁶⁸. Bu tür zararların kaynağı, idarenin hukuka aykırı işlemi ve bu işlemin idare tarafından icrasıdır. Başka bir ifadeyle, zarar görene yönelik bir idari işlem ve uygulaması söz konusudur¹⁶⁹.

Ancak, bazı hallerde bir idari işlemin icrası sebebiyle zarar verildiği halde, zarar ile işlem arasında zorunlu bir nedensellik bağı yoktur. Bu tür olaylarda, zarar görene yönelik bir işlem olmadığı gibi, bazen zarar veren asıl olay veya eylemi öngören bir karar da yoktur. Fakat söz konusu davranış hizmetin görülüşü sırasındadır ve yürütülen faaliyete bağlıdır. Ancak, meydana gelen zarar yericisi eyleme, faaliyete yönelik belli bir işlem yoktur. Mesela birliklerce yapılan bir atış talimi sırasında, civardaki bir kişinin vurulmasıdır¹⁷⁰.

C. İdare Eyleminden Doğan Zarar

İdarenin yürütmekte yükümlü bulunduğu kamu hizmetine ilişkin olarak uygulamaya koyduğu plan ve proje göre getirdiği yol, kanal, baraj, su yolları, su şebekesi gibi tesislerin kurulması, işletilmesi ve bakımı sırasında icra ettiği eylemlere idari eylemleri denir¹⁷¹. İdari eylemler idarenin maddi fiilleri, yani davranış ve tutumlarıdır. İdare bir teşkilattır. Gerçekte bu davranışları idarenin görevlileri olan kişiler yapar. Dolayısıyla idarenin eylemleri aslında insan davranışlarından oluşur. İdarenin eylemleri, olumlu veya olumsuz her çeşit davranış ve tutumu içerir. O nedenle idarenin eylemleri, “ olumlu “

¹⁶⁸ Esin, **a.g.e.**, s. 264.

¹⁶⁹ Yayla, **a.g.e.**, s. 141.

¹⁷⁰ Yayla, **a.g.e.**, s. 134.

¹⁷¹ Halil Kalabalık , **İdari Yargılama Hukuku**, Ankara, 2003, s. 88.

olabileceği gibi “olumsuz” da olabilir. Olumlu eylemler bir şey “yapma”, olumsuz eylemler ise bir şey “yapmama” şeklinde ortaya çıkar¹⁷².

İdarenin sebep olduğu zararların bir kısmı, bu büyük ve çok yönlü örgütün yürüttüğü faaliyet ve hizmetlerin gerektirdiği eylemlerden çıkar. Burada, eylem idareye aittir. İdarenin araç ve gereçlerinin işleyişi veya işlemeyişi ya da idari personelinin zarar verici davranışı yüzünden zarar meydana gelmiştir. Mesela görevi gereği resmi araçla giderken, patlayan lastik yüzünden devrilen araçta ölen kamu görevlisinin mirasçılarına verilen zararlar örnek olarak gösterilebilir¹⁷³.

D. İdarenin Haksız Fiilinden Doğan Zarar

İdare tarafından yapılan bazı eylemler, kişi hak ve hürriyetlerine açık ve haksız müdahale teşkil eder ve bir zarara yol açarlarsa, bu, idarenin haksız fiili olur ve bu fiili yapan idare Borçlar Hukuku esaslarına göre sorumlu tutulur.

İdare hukukunda, idarenin haksız fiilini anlatmak için fiili yol terimi kullanılır. Fiili yol, idarenin, hukuki hiçbir esasa dayanmaksızın hizmet ve faaliyet alanına yabancı bir konuda eylem yapması demektir¹⁷⁴.

Buna göre maddi bir icra, eylem olmalıdır. Bu eylem batıl bir işlem ve ya hiç bir işleme dayanmayan bir icra hareketi olarak ortaya çıkabilir. Bununla birlikte işlem veya yapılan eylem açıkça bir hukuka kuralına aykırılığın sonucu veya ifadesi olması gerekir. Yapılan iş idarilik niteliğini kaybetmiştir ve sorumlulukta adli yargı önünde ve özel hukuk hükümlerine göre söz konusu olur. Mesela, bir kimsenin taşınmazına kamulaştırma usul ve esasları uygulanmadan el atılması haksız işlem sayılır. Son olarak, fiili yol mülkiyet hakkına veya kamu hürriyetlerine bir saldırı teşkil etmelidir. Burada el atmadan farklı olarak, fiili yol mülkiyetine saldırıyı de kapsayacak

¹⁷² Gözler, **a.g.e.**, s. 757.

¹⁷³ Yayla, **a.g.e.**, s. 135.

¹⁷⁴ Tan Gözübüyük, **İdari Yargılama**, Ankara, 2003, s. 100.

genişlemektedir. Ayrıcı özgürlüklere saldırı halinde, bu özel hayatın gizliliği ve din ve ya vicdan özgürlüğü gibi konularda bu durum ortaya çıkabilir¹⁷⁵.

E. İdare Tarafından Yapılmayan Ancak İdarenin Sorumlu Tutulduğu Eylemler

İdarenin sorumluluğuna yol açan eylemlerin, idare adına gerçek kişiler tarafından yapılması tabiidir. Ancak, gene idarenin sorumluluğuna yol açan, fakat, idarenin personeli tarafından, tamamen kendi kast veya ihmalleri yüzünden yaratılan zararlar da vardır. Bir kısım zararlar ise, idarenin dışındaki kişilerce verilir ama, bunlar da, idare tarafından önlenemedikleri için idarenin sorumluluğuna yol açabilirler. Buna göre idari sayılan eylemler aşağıdaki şekilde gerçekleşir:

a) İdare Ajanlarının Eylemleri: İdare ajanları görevlerinin gereğini yerine getirirken, kullandıkları araç ve gereçlerin yetersizliğinden dolayı kişilere zarar verebilirler. Bu ihtimalde, idarenin eylemi ile karşı karşıya olduğumuz açıktır. Mesela, mahkeme veznesine yatırılan parayı zimmetine geçiren başkatibin; fotoğraf çeken gazetecinin makinesini alıp kaybeden güvenlik görevlisinin eylemleri böyledir¹⁷⁶.

b) İmtiyazlı Şirketin, Müteahhidin Eylemi: İmtiyazlı şirket, kamu hizmetini yürüttüğü, müteahhit de, idarenin ajanı sıfatı ile hareket ettiği için, bu hizmet ve faaliyetleri dolayısıyla kişilere zarar verdiklerinde idarenin sorumluluğu olabilir. Doğrudan doğruya ve bir idare gibi kamu hizmetini yürüten imtiyazlı şirketin ve idarenin müteahhidinin hizmetle ilgili eylemi, idarenin sorumluluğuna yol açabilir¹⁷⁷.

c) İdareye Bağlanabilen Eylemler: Zarar doğuran eylemlerin asıl failleri, bazı hallerde, tamamen idarenin dışındadır. İdarenin dışında kalan kişi veya toplulukların yaptığı eylemler ve verdikleri zararlar, bunlardan haberdar olan ve bunları önlemek zorunda bulunan idarenin, söz konusu önlemeyi kusuru

¹⁷⁵ Yayla, **a.g.e.**, s. 135.

¹⁷⁶ Esin, **a.g.e.**, s. 70-73.

¹⁷⁷ Yayla, **a.g.e.**, s. 136.

olsun olmasın, gerçekleştirememesi dolayısıyla sorumlu olmasına yol açabilir. Kaçakçılarla çarpışırken yaralanan jandarma çavuşunun uğradığı zararlar bu tür eylemlerden doğmuştur¹⁷⁸.

İdarece yürütülen faaliyete katılan kamu görevlilerinin bu faaliyet sırasında ve üçüncü kişilerin eylemi sonunda zarar görmeleri veya idarenin, görevi gereği önlemek zorunda olduğu ve öngörülebildiği toplumsal olayları engelleyememesi yüzünden kişilerin zarara uğramaları halinde, idare sorumludur. Sorumluluğuna yol açan davranış, yapmamak, yapmamamak veya yetersiz tedbir almak olumsuz birer eylemdir, Dolayısıyla idareye bağlana bilen eylemler diğer idari eylemlerden farklı değildir¹⁷⁹.

F. İdari Sözleşmelerden Doğan Zarar

İdarenin, özel hukuk sözleşmelerinin tarafı olarak ve özel hukuk hükümlerine göre sorumluluğu yanında, idari sözleşmelerden dolayı da sorumluluğu söz konusudur. İdarenin idare hukuku kral ve ilkelerine tabi olan sözleşmelerine idari sözleşme denir¹⁸⁰. İdare sözleşmenin tarafı olarak karşı tarafın parasal ve haklı beklentilerini boşa çıkaracak ve zayıflatacak işlem ve eylemler yaparsa, bunları tazmin etmek zorundadır. İdari sözleşmenin başlangıcında kurulan mali dengenin bozulmaması gerekir.

Sözleşmenin tarafı olmayan devlet teşkilatı içinde daha üstün yetkilere sahip buluna bir idarenin yaptığı işlemler yüzünden idari sözleşmenin mali dengesi özel kişi aleyhine bozulursa burada artık, şartları varsa, “öngörülemezlik” esası uyarınca zarar görene haklı bir tazminat ödenir¹⁸¹.

¹⁷⁸ Esin, **a.g.e.**, s. 70-73; Yayla, **a.g.e.**, s. 137.

¹⁷⁹ Yayla, **a.g.e.**, s.136.

¹⁸⁰ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 89.

¹⁸¹ Savaş Özdağ, **Türk Hukukunda İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Ankara, 1990, s. 45; Yayla, **a.g.e.**, s. 146.

II. ZARARIN ÖZELLİKLERİ

İdarenin sorumluluğunun gerektiren zararın özellikleri ortada gerçek bir zarar olması, zararın gerçekleşmiş olması, zarar mutlak ve kesin olarak hesabı mümkün bir zarar bulunmalıdır, zarar hukuken korunan bir menfaate yönelik olmalıdır, zarar parayla ölçülebilir nitelikte olmalıdır ayrıca zarar özel ve anormal olmalıdır, en son da zararın kamu hukukunun uygulanması dolayısıyla meydana gelmiş olması gerekir.

A. Zarar Gerçek Olmalıdır

Sorumluluktan bahsedilebilmek için, bu sorumluluğa neden olan bir zararın varlığı şarttır. Başka bir deyişle, idarenin sorumluluğunun doğabilmesi, bir kişinin idareden tazminat alma hakkının doğabilmesi için “zarar”ın olması gerekir. Tazmin sorumluluğunun ilk şartı, ortada maddi ya da manevi bir zararın bulunmasıdır¹⁸². *“Ortada belli, kesin ve gerçekleşmiş bir zarar olmadıkça¹⁸³, tazmin borcu söz konusu olamaz. Tazmin borcunun dogması için zararın mevcut, malûm ve muayyen olması, mağdurun fiilen zarara uğramış bulunması lazımdır”¹⁸⁴.*

Ancak idarenin bir eylem ve işlemi nedeniyle mağdur olan kişinin uğradığı her ziyan, her hasar, kısacası her mağduriyet, bir “zarar” teşkil etmez. “Mağduriyet” kavramı, “zarar” kavramından çok daha geniştir. Sorumluluğa yol açan şey, “mağduriyet” değil, “zarar”dır. İdarenin bir eylem veya işlemi sonucu bir kişinin hoşuna hiç gitmeyen, o kişiyi fevkalade üzen bir sonuç ortaya çıkmış olabilir. Ancak, tazminat hakkının doğabilmesi için, kişinin uğradığı bu mağduriyetin “zarar olarak nitelendirilebilmesi” gerekir¹⁸⁵.

İdare hukukunda, idarenin sorumluluğu ilkesi genel olarak kabul edilmiş olsa da, pek çok sorumsuzluk örnekleri vardır. Diğer bir ifadeyle idare hukuku alanında “sorumsuzluk adacıkları” vardır.

¹⁸² Esin, **a.g.e.**, s. 213.

¹⁸³ D. 6.D, T.21.5.1985, E:85/143, K:85/880 D.D, S. 60- 61, s. 277.

¹⁸⁴ Onar, **a.g.e.**, s. 17-16 .

¹⁸⁵ Gözler, **a.g.e.**, s. 1176- 1177.

Ancak zarar gören kişi tarafından “kabul edilmiş risk”ler de tazmin edilmesi gerekli bir zarara yol açmadıkları kabul edilmektedir. Örnekler: Yoğun trafiğin olduğu bir yol kenarından ev satın alan kişi, daha sonra gürültüden rahatsız olduğunu iddia ederek idareden tazminat isteyemez. Bu kişi bu evi bu yolun gürültülü olduğunu bilerek satın almış, yani yolun gürültüsünü kabul etmiştir¹⁸⁶.

Ayrıca azalma, idarenin davranışının bir sonucu olmalıdır. Baz hallerde, yalnız uğranılan zarar değil, ileride zararlar da dikkate alınır. Örneğin, küçük bir çocuğun vücut sakatlığı nedeni ile uğradığı zarar hesaplanırken, ileride uğrayacağı zararlar da dikkate alınır. Bu olası bir zarar değil, belli ve gerçek bir zarardır.

Bu kesin olarak doğmuş güncel bir zararın yanında, gerçekleşme şansı kaçınılmaz olan zarar biçimde özetlenebilir¹⁸⁷.

B.Zarar “Gerçekleşmiş” Olmalıdır

İdarenin sorumluluğuna hükmedebilmesi için ikinci şart zararın gerçekleşmiş olmasıdır. İdare hukukunda sorumluluk tazmin edici bir sorumluluktur. Sorumluluğun amacı, idareyi cezalandırmak değil, ortaya çıkan zararı gidermektir¹⁸⁸. İdare hukukunda ise sorumluluk kusura değil, zarara dayanır. O nedenle, ortaya zarar çıkmazsa, salt kusurlu davranışları var diye idarenin sorumluluğuna hükmedilemez. İdare hukukunda zarar vermeye teşebbüs idarenin sorumluluğunu tek başına doğurmaz. Bunun için zararın bilfiil ortaya çıkması, gerçekleşmesi gerekir. İdari sorumluluk alanında hükmedilen müeyyidenin (tazminat) miktarı, idarenin kusurunun ağırlığına göre değil, ortaya çıkan zararın ağırlığına göre tespit edilir¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Gözler, **a.g.e.**, s. 1177.

¹⁸⁷ Tuncay, **a.g.e.**, s. 207.

¹⁸⁸ Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak, İsmail Ercan, **Anyasa Hukuku İdare Hukuku**, Ankara, 2006, s. 469.

¹⁸⁹ Şükrü Karatepe, **İdare Hukuku**, İzmir, 1993, s. 291; Gözler, **a.g.e.**, s. 1180.

Burada tazminat borcunun doğabilmesi için zararın herhangi bir şekilde karşılanmış bulunması ve zararın iddia eden tarafından kanıtlanması gerekir¹⁹⁰.

C.Zarar Mutlak ve Kesin Olarak Hesabı Mümkün bir Zarar Bulunmalıdır

Buna “zararın kesinliği şartı” da denir. Zararın kesinliğinden, bilfiil gerçekleşmiş zararlar (güncel zararlar) ve gelecekte gerçekleşmesi kaçınılmaz olan zararlar anlaşılır. Başka bir deyişle, zararın güncel olması etkisini doğurması ya da gelecekte gerçekleşmesinin kaçınılmaz olması anlaşılır. Olasılığa dayanan, gerçekleşmesi kaçınılmaz olmayan durumlarda kesin zarar yoktur¹⁹¹.

Güncel Zararlar: Güncel zararlar, yani halihazırda bilfiil gerçekleşmiş olan zararlar, tartışmasız olarak kesinlik şartını yerine getirirler. Örneğin, küçük bir çocuğun idarenin eylemi sonucunda sakat kalması durumunda uğranılan zararlar hesaplanırken, bu sakatlık nedeniyle ileride kesin olarak uğrayacağı zararlarda hesaba alınır. Gerçekleşen bir davranışın geleceğe yönelik etkileri de kesinleşmiş zarar olarak kabul edilir¹⁹².

Gelecekteki Zararlar: Gelecekteki zararlar, söz konusu zararın gelecekte, ihtimal olarak değil, kesinlikle ortaya çıkması vakıasıdır. Örneğin devlet hastanesinin fiili sonucu bir çocuk sakat doğmuş ise, bu sakatlık henüz o çocuğa bir zarar vermese de, söz konusu sakatlık gelecekte büyüyen çocuğun mesleki kapasitesinde bir azalmaya yol açacağı biliniyorsa kesinlik şartı gerçekleşmiş demektir¹⁹³. Bununla beraber zararın fiilen mevcut olması koşul değildir. Gelecekte doğacak ve meydana gelmesi mutlak ve para ile takdiri olası bir zararın muhakkak ve bilinen bir zarar sayılabileceği ve tazmin borcunu doğurabileceği kabul edilmektedir¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Odyakmaz, Kaymak, Ercan, **a.g.e.**, s. 469.

¹⁹¹ Odyakmaz, Kaymak, Ercan, **a.g.e.**, s. 470.

¹⁹² Çağlayan, **a.g.e.**, s. 167.

¹⁹³ Atay, **a.g.e.**, s. 568; Gözler, **a.g.e.**, s. 1180.

¹⁹⁴ Onar, **a.g.e.**, s. 17-16

Muhtemel Zararlar: Burada söylenmesi gereken husus, gelecekte gerçekleşmesi kesin olmayan, sadece bu konudan bir ihtimal bulunan zararlar bu şartı yerine getirmezler, idarenin sorumluluğuna yol açmazlar. Buna göre, ihtimal zarara uğrayan lehine idarece tazminat ödenmesi için yeterli bir hukuki sebep sayılmaz¹⁹⁵. Örneğin idarenin bir eylemi sonucu ölen bir çocuğun ana-babası çocuklarının ölmelerinden dolayı uğradıkları mevcut zararı talep edebilirler. Ancak çocuklarının ölmeseydi büyüyünce kendilerine bakacağını, çocukların ölmesiyle gelecekteki bu bakımdan mahrum kaldıklarını ve dolayısıyla zarara uğradıklarında bahisle idarenin tazminat isteyemezler¹⁹⁶.

Ancak ciddi şans kaybı, eğer bu şans ciddi bir şans ise kesin bir zarar oluşturur ve idarenin sorumluluğuna yol açar. Fransız Danıştay'ı keza devlet hastanesinde teşhis hatası nedeniyle bir sakatlıktan kaçınma şansının kaybedilmesi durumunda da zararın kesinliği şartının gerçekleştiğine hükmetmiş ve idarenin sorumluluğuna karar vermiştir¹⁹⁷.

D. Zarar “Hukuken Korunan Bir Menfaat”e Yönelik Olmalıdır

Bir kişinin idarenin bir fiilinden dolayı gördüğü her zarar idarenin sorumluluğunu doğurmaz. İdarenin tazminat borcunun doğabilmesi için, zarar gören kişinin bir hakkının veya meşru bir menfaatinin ihlal edilmiş olması gerekir. Aynı şekilde, zarar, tazminat isteyen kişinin hukukça korunması gereken hak ve çıkarlarına ilişkin olmalıdır. Hukuk düzeni tarafından korunmayan veya yasaklanmış olan bir hakkın ihlalden doğan zararın ödenmesi için idare aleyhine tam yargı davası açılamaz. Tazminat hakkının doğumu için idarenin verdiği zararın, zarar gören kişinin “hukuken korunan menfaat”le söz konusu olması gerekir¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Atay, **a.g.e.**, s. 568.

¹⁹⁶ Gözler, **a.g.e.**, s. 1181.

¹⁹⁷ Gözler, **a.g.e.**, s. 1182.

¹⁹⁸ Karatepe, **a.g.e.**, s. 291.

Türk Danıştay'ı da nikâhsız karının destekten yoksun kalmadan dolayı uğradığı zararın tazmini istemiyle dava açılabileceğini kabul etmektedir¹⁹⁹. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de verdiği çeşitli kararlarla nikâhsız (imam nikâhlı) eşe tazminat verileceğini kabul etmiştir²⁰⁰.

Ancak hukuka aykırı ve gayri meşru durumda bulunan kişilerin uğradıkları zararlardan idare sorumlu değildir. Hukuka aykırı ve gayri meşru durumda bulunan kişilerin de zarara uğradıklarını iddia etmeleri mümkün değildir. Burada hukuken korunan bir değerleri yoktur. Örneğin kamu mallarını hukuka aykırı bir şekilde işgal eden kişilerin kamu mallarından tahliye edilmesi sırasında uğradıkları zararların tazminini talep edemezler. Ayrıca, hazine arazisine gecekondur yapmış birisi, gecekondusunun idare tarafından yıkılması üzerine uğradığı zararı talep edemez²⁰¹. Hile yaptığı için kazandığı sınav sonucu iptal edilen kimse sınavı kazandığı için öteki iş başvurularını ret etmesi nedeniyle uğradığı zararın giderilmesini isteyemez²⁰².

Bu konuda en ilginç örnek Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararında bulunmaktadır²⁰³. Bu karara konu teşkil eden olayda bir astsubay, nöbetçi ere kendisiyle gayri tabii cinsel ilişki kurmasını teklif etmiş, bunun üzerine nöbetçi er tarafından vurularak öldürülmüştür. Ölenin yakınlarının açtığı tazminat davasını Askeri Yüksek İdare Mahkemesi idareye yüklenebilir bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir²⁰⁴.

Danıştay kararlarında hukuka aykırı veya gayri meşru durumda bulunup, daha sonra uğradığı zararın tazmini isteyen yüzüstü davacılara çok

¹⁹⁹ YHGK. 17 / 11/ 1997 , E.1995/79, K.1997/479 sayılı karar (Kazancı Danıştay Kararları CD'si).

²⁰⁰ AYİM. 3.D 17/ 6/ 1975, E.1974/395, K.1975/1363 sayılı Karar; AYİM. 2.D, 30/ /10/ 1994, E.1992/560, K. 1994/1799, Özgüldür, **a.g.e.**, s. 336; Yeni bir karar: AYİM. 2.D, 10/ 1E.1998/159, K.2001/891 sayılı Karar.

²⁰¹ D. 10. D. 1/ 07/ 1998 , E.1998/2828, K.1998/3479 sayılı kararına konu teşkil eden olayda hırsızlık suçundan aranan bir kişinin yakalanması sırasında kaçan suçlu, polisın açtığı ateş sonucunda öldürülmüştür. Ölen hırsızın mirasçuları idareden tazminat istemiyle dava açmışlardır. Danıştay Onuncu Dairesi bu davanın temyiz incelemesinde, devletin kusursuz sorumluluk ilkesi gereği ölenin yakınlarına destekten yoksun kalma, maddi ve manevi tazminat ödemesi gerektiğine karar vermiştir. Kanımızca bu karar yanlıştır. Çünkü bu olayın kurbanı olan kişi, hukuka aykırı ve gayri meşru durumda bulunmaktadır. Bu kişinin uğradığı zararın “nemo auditur propriam suam turtitudinem allegans”²⁰¹ ilkesi uyarınca tazmin edilmesi mümkün değildir.

²⁰² Odyakmaz, Kaymak, Ercan, **a.g.e.**, s. 471.

²⁰³ AYİM. 3.D. 22/ 1981 , E.1980/260, k.1981/25 sayılı kararında bulunmaktadır.

²⁰⁴ AYİM. 3.D. 22 / 1981 , E.1980/260, K.1981/25 ,Özgüldür, **a.g.e.**, s. 259.

örnek bulunabilirse de, bu konuda en yaygın örnekler, “gecekondu” sahipleri tarafından verilmiştir.

Danıştay Okinici Dairesinin 23 Ocak 1967 tarih ve E.1966/1857, K.1967/29 sayılı kararına konu teşkil eden olayda bir kişi, kayaların tehlikesi düşünülerek belediyece yeşil alan tespit edilmiş bir yere kaçak olarak bina inşa etmişler ve söz konusu kayalar yuvarlanarak bu kişinin evini yıkmıştır. Daha sonra da bu kişi dava açarak belediyeden tazminat talep etmiştir. Danıştay Onikinci Dairesi de olayda idarenin bir kusuru bulunmadığı için tazminat talep etmiştir. Danıştay Onikinci Dairesi de olayda idarenin bir kusuru bulunmadığı için tazminat istemini reddetmiştir²⁰⁵.

E. Zarar, “Parayla Ölçülebilir” Nitelikte Olmalıdır

Zararın gerçekleşmiş ve kesin olması yalnız basına tazmin borcunu doğurmaya kâfi gelmemekte, ayrıca, meydana gelen zararın, para ile takdir edilebilecek türden gerçekleşmiş olması gerekir²⁰⁶.

İdare hukuku alanında bir zamanlar bu tür zararların para ile takdir ve tahmini mümkün olamayacağı ve bu itibarla tazmin borcunu meydana getiremeyeceği kabul edilmişti²⁰⁷. Kişinin manevi varlığının ihlâlini ölçüye vurmanın ve manevi kayıplarını tümüyle gidermenin olanaksız olduğu belirtilmektedir²⁰⁸.

Yerleşmiş içtihatlarına göre, bir zararın tazmin edilebilmesi için “parayla ölçülebilir” nitelikte olması gerekir. Bunun temelinde “eşdeğeriyle tanzim ilkesi” yatar. Bu ilke şu anlama gelir: İdare hukukunda mahkemenin ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi yani giderilmesi olarak, bir “yapma borcu” şeklinde ortaya çıkan “aynen tanzim” müeyyidesine hükmedemez²⁰⁹.

²⁰⁵ Gözler, **a.g.e.**, s. 1188.

²⁰⁶ Gürsel, “Danıştay Kararları Çerçevesinde Tam Yargı Davalarında Zarar Kavramı”, s. 88.

²⁰⁷ Onar, **a.g.e.**, s. 17-17.

²⁰⁸ Lütfi Duran, “Danıştay’ın 1979 Yılı Kararları Üzerine Kısa Mülâhazalar”, C.13, S.3, Eylül 1980, s.12.

²⁰⁹ Gözler, **a.g.e.**, s. 1189; Odyakmaz, Kaymak, Ercan, **a.g.e.**, s. 471.

Hakim, 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 değerlendirilir. Söz konusu para, bir defada “sermaye” şeklinde ödenmesine karar verilebileceği gibi, aylık veya yıllık olarak ödenen belirli süreli bir irat (gelir) veya ömür boyu irat şeklinde de ödenmesine karar verilebilir. İşte idare hukukunda “eşdeğeriyle tazmin ilkesi” geçerli olduğuna göre, tazmin edilmesi istenilen zararın da eşdeğerinin olması, yani para ile ölçülebilmesi gerekir. Günümüzde “maddi zararlar” da “manevi zararlar” da parayla ölçülebilir nitelikte zararlar olarak kabul edilmektedir²¹⁰.

F. Zarar “Özel” Olmalıdır

İdarenin bir zarardan dolayı kusursuz sorumluluğuna hükmedilebilmesi için bu zararın “özel bir zarar” olması, yani bütün toplumun değil, sadece belirli kişi veya kişilerin uğradığı bir zarar olması gerektiği söylenmektedir. Zararın özelliği şartı kusurlu sorumluluk için geçerli değildir. Bu nedenle idare kusuruyla verdiği zararları, isterse bu zararlar herkesi etkilesin tazminle yükümlüdür. Genellikle zararın özel olması şartının kusursuz sorumluluğun her iki hali (risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi) için de geçerli olduğu söylenir.

Zararın özel olması demek, toplumun bütün üyelerini değil, sadece belirli bir kişi veya kişilerin zarara uğraması demektir. Sadece bir tek kişinin zarara uğraması durumunda zararın özel olduğunu söylemekte bir güçlük yoktur.

Zarara uğrayan kişilerin birden fazla olması durumunda da zararın özelliği şartı gerçekleşmiş olabilir. Sınırlı sayıda olan bir grup kişinin uğradığı zarar da özel bir zarar olarak kabul edilebilir. Burada önemli olan nokta

²¹⁰ Gözler, **a.g.e.**, s. 1189.

zarara uğrayanların teşhis edilebilir olması, diğer bir ifadeyle, zararın bireyselleştirilebilir olmasıdır²¹¹.

"Tazmin borcunun doğumunda bu şart hususi bir ehemmiyet arz etmektedir. İdari fiillerin ve tasarrufların şumul ve tesir sahası çok geniştir. Bunlar ekseri hallerde geniş bir fert kitlesi, toplum üzerinde etki gösterirler; bunlara yükümlülükler yüklerler; tahditler husule getirirler ve bu itibarla husule getirdikleri zararın sahası çok geniştir. Devletin ve diğer idare hükmi şahıslarının mesuliyetinde, hususi hasar, sebepsiz iktisap teorilerinin, hakkaniyet ve nesafet prensiplerinin tatbikinde zararın muayyen bir ferde veya mahdut fertlere tesir etmesi lâzımdır. Bir kamu yükü ve tahdidi teşkil eden zararlar, tazmin borcuna esas olamazlar²¹².

İdarenin eylem ve işlemlerinden doğan bütün gerçek zararlar tazmin edilmez. İdare hukukunda tazmin borcunun doğabilmesi için bağlamdaki zararın özel bir zarar olması, belli kişileri etkilemesi gerekir. Eğer zarar, genel nitelikte, bir kamu külfeti şeklinde ortaya çıkarsa tazmini gerekmez. Değişik ifadeyle de bir kamu yükümü niteliğindeki genel zararların idarenin objektif sorumluluğu kapsamına dahi girmediği ve idari işlem ile eylemlerden meydana gelen zararların kamu yükümleri karşısında eşitlik ilkesini bozucu nitelikte bulunmaları, dolayısıyla da özel ve olağandışı bağlamda olmaları gerekir demek olasıdır.

Buna karşılık, idarenin düzenleyici bir işlemi, belli kişilere özel ve olağandışı zarar veriyorsa, genel nitelikte olmasına karşın idarenin zarar verici bu işlemi sorumluluğu gerektirir.

Zararın Kamu Görevini İfasından İleri Gelmiş Olması: (Zararın idare tarafından işlenmesi olması)

7163 sayılı 1958 tarihli Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Teşkilat Kanunu hükmü, ancak, memurun görevini ifası sırasında ve bu görevin yerine getirilmesi dolayısıyla, meydana gelen zararlar hakkında

²¹¹ Karatepe, **a.g.e.**, s. 291; Gözler, **a.g.e.**, s. 1209 - 1211.

²¹² Onar, **a.g.e.**, s. 1708.

uygulanır. Resmi, yani, vakfı zararın görevin ifası sonucu meydana gelmiş olması gereklidir. O halde, görevle alakalı olmayan ve memurun alelade bir kişi olarak sebep olduğu zararlar hakkında, bu kanun hükmü uygulanmaz. Kanunun deyimi ile zararın “Resmi görevin yerine getirilmesinde” meydana gelmiş olması gerekli olup, görevin ifasının zararın meydana gelmesine vesile olmuş bulunması yeterli değildir.

Gerçeğe aykırı bir tutanak düzenleyen emniyet memurunun, bu davranışı, görevin ifası ile ilgili bir davranıştır. Fakat, polis memurunun görevinin ifası sırasında, henüz sönmemiş olan sigarasının izmaritini ihtiyatsızca yangın çıkabilecek bir yere atması ve surette bir yangının çıkmasına sebep olması halinde, meydana gelen zarar, bir görev zararı değildir. Bu durum, sadece memurun zarar vermesine vesile olmuştur ²¹³.

G. Zarar “Anormal” Olmalıdır

İdarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedebilmesi için anormal bir zarar olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, idarenin bir zarardan dolayı kusursuz sorumluluğuna hükmedebilmesi için bu zararın “ağır bir zarar” olması gerekir.

Zararın anormalliği esas itibariyle zararı ağırlığıyla değerlendirilir. Belirli bir eşiği geçen ağırlıktaki zararların anormal zararlar olduğu söylenir. Ancak bu eşiğin hangi noktadan itibaren başladığının objektif bir ölçüsü yoktur. Buna her somut olayda mahkeme karar verecektir. Bununla birlikte kişinin vücut bütünlüğüne verilen zararların her halükarda “ağır” ve “anormal” zararlar olduğu söylenebilir. Bazen zararın ağırlığı zararın devam ettiği süre bakımından ölçülür. Örneğin kanun dışı bir greve veya blokaja idarenin birkaç saat müdahale etmemesi veya bir gün müdahale etmemesi ağır bir zarar olarak görülmeyebilir²¹⁴.

²¹³ Tuncay, **a.g.e.**, s. 218.

²¹⁴ Gözler, **a.g.e.**, s. 1211-1212.

H. Zararın Kamu Hukukunun Uygulanması Dolayısıyla Meydana Gelmiş Olması

İdare, Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu hükümlerine göre de sorumlu olabilir. Ayrıca idare, Medeni Hukukla (Özel Hukukla) ilgili hususlarda, Medeni Hukuku kurallarına göre sorumlu olur.

Burada sözü edilen hükümler, özellikle, Medeni Kanun hükümleri ile (MK 48, 656, 320) Borçlar Kanununun kusurlu (BK 41) veya kusursuz (BK 41, 55, 56, 58, 54) sorumluluğa ilişkin olan hükümleridir. Burada da idare tarafından yapılan bir işlem veya eylemin, ne zaman özel hukuk alanına, ne zaman da kamu hukuk alanına girdiği sorunu ile karşılaşılacaktır.

Genel olarak kullanılacak ölçü, taraflar arasında bir tabiiyet (ona uyma) bağının bulunup bulunmadığıdır. Devletin kullanılmış bir eşyayı satmasında, bir taşınmazını kiraya vermesinde özel hukuk işlemi söz konusudur; özel hukuk kişilerine karşı eşit durumdadırlar. Dolayısıyla, devlet, bir memurunun devlete ait özel hukukla ilgili işi yaparken, sebep olduğu zarardan ötürü, BK. 55 gereğince sorumlu olur. Bu maddeye göre, devlet istihdam ettiği memurun hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptığı zarardan sorumlu olur. Bunun yanında ve kural olarak, memurun kusurlu olması halinde, devletin, BK.41 gereğince sorumlu olması icap eder. Memurun özel kurallara göre sorumlu olduğu hallerde de, zarar gören, kusurlu memur aleyhine korumuştur. Memurun kusuru halinde, zarar gören, BK.55 yanında, BK.41'e dayanarak memur aleyhine bir dava açabilir mi? Doktrin, özel hukuk alanında devletin özel hukuk kuralına göre, sorumlu olacağı fikrinden hareketle onun, ancak, BK. 55 gereğince sorumlu olacağı ileri sürmekte ve ayrıca BK. 41'e dayanan bir dava hakkı tanımamaktadır.²¹⁵

²¹⁵ Tuncay, a.g.e., s. 187.

1. Kamu Hukukuna Tabi Görevle İlgili Zarar

Zarar, kamu hukukuna tabi görevle, ilgili olması gereği kişisel kusurun önemini ortaya çıkar maktadır²¹⁶. Zira, personelin, hizmete yabancı, görevle bağdaşmayan hizmetten ayrılabilen kapsam dışında kalmıştır Hükmün öngördüğü; hizmete ilişkin, görevle ilgili eylemlerdir²¹⁷. Buna göre, kamu personelinin yalnızca işlem ve eylemlerinden ayrılmayan “görev kusuru” neticesinde verdiği zararlar tazminata konu yapılabilecektir²¹⁸. Zarar ile yürütülen görev arasında bir ilişki varsa, bu duruma yal açan, personelin kusurlu eylem ve işlemi, görev kusuru teşkil edecek ve 13 ncü madde hükme tatbik olunacaktır.

Görevsel kusurdan söz edebilmek için gerekli şartlardan biri de memur ve diğer kamu görevlisinin kusurlu fiil ve davranışlarının göreve ilişkin olmasıdır.

Kamu personelinin, sorumluluğuna giren işlerde gerekli dikkat ve özeni göstermemeleri, işlerini savsaklamaları alması gereken önlemleri zamanında almamaları veya eksik almaları gibi kusurlu fiil davranışları “görevsel kusur” kapsamı içinde değerlendirilir. Kısaca, hizmetle ilişki kurulabilen hizmet kusurunun anonimliğinden çıkarak kamu görevlisinin atıf ve izafe edilebilecek boyutlarda ve biçimde yürüttüğü hizmetin kural ve gereklerine aykırı davranışları görevsel kusur teşkil eder²¹⁹.

Duran'a göre ²²⁰, hizmetten ayrılamayan kişisel kusur olarak tanımlayabileceğimiz görev kusuru terimi yine yazara göre, doktrinde hizmet kusuru ile kişisel kusurun birlikte görüldüğü meşhur lemonnier davasında²²¹ kanun sözcüsü bunun “*kusur belki hizmetten ayrılıyor, fakat hizmet kusurdan*

²¹⁶ Yenice Kazım, Esin Yavuz, **İdari Yargılama Usulü**, Ankara, 1983, s. 320.

²¹⁷ Esin, **a.g.e.**, s. 145-146.

²¹⁸ Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, s. 4.

²¹⁹ Nedim Başarangel, **Türk İdare Hukukunda İdarenin Kusurlu Sorumluluk Halleri**, Diyarbakır 2002, s. 69.

²²⁰ Lütfi Duran, **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Ankara, 1974, s. 56.

²²¹ Dava, bir kamün bayramı dollayısıyla bir nehrde yüzen hedeflere tertip olunan ateş esnasında nehrin kararında yoldan geçen bir şahısa seksen kurşunların isabet edip yaralanması ile ilgilidir. Mağdur, vaki yaralanma üzerine, belediye reisini hukukmahkemesinde, kamün hükmi şahsını da danıştayda dava etmiş, iki kusurun bağlı (murtabit) şekilde bulunabileceğini ortaya koyduğu yargısına varılmıştır . Bkz : Onar, **a.g.e.**, s.1704.

ayrılmıyor” şeklindeki nefis anlatımında vurgulanmaktadır. Evet, görev kusuru da bir nevi kişisel kusurdur ama hizmet içinde veya dolayısıyla, idarece personele verilen görev, yetki, araç, vasıta olunarak işlenmekte, yani hizmet, kusurun irtikabına yol açmaktadır²²².

Oysa kişisel kusur, hizmetle görev gerekleriyle en ufak bir bağ kurulamadığı için personelin şahsi sorumluluğunu doğurmaktadır. Ancak kişisel kusurun da yalnızca görev sırasında ya da görev dolayısıyla işlenebileceğini²²³, bu sebeple personelin, alelade bir üçüncü kişi gibi hareket ettiği hallerde sözgelimi görevli olmadığı bir esnada kavga ettiği şahsi tabancasıyla vuran polis memurunun işlediği kusurun teknik anlamda kişisel kusur olarak addedilemeyeceğini belirtmeliyiz²²⁴.

Anayasanın 129. maddesinin 5.fıkrasında “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kurslardan dolayı....” denilmektedir

Anayasanın 129/5 maddesinde geçen “yetkilerini kullanırken” ibaresini görevlerini yerine getirirken şeklinde anlamak gerekir. Memur ve diğer kamu görevlisini görev verilmesi aynı zamanda yetki verilmesi anlamını taşır. Bilindiği üzere kamu hukukunda görev olan yerde mutlaka yetki de vardır. Yetki ile donanamamış bir görev yerine getiremeyeceği gibi; görevsiz salt bir yetkide bulunmaz. Bu bakımdan siyam kardeşlere benzeyen görev ile yetki çoğu kez eş anlamda kullanılmakta ve birinin ötekini içerdığı kabul edilmektedir. Sonuç olarak, her iki kararda, bir yargı kararının yerine getirilmemesini, Anayasanın 129/5 açısından yetkinin kullanılması ile ilgili görmemektedir²²⁵.

²²² Duran, **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, s. 56.

²²³ Yenice, Yavuz, **a.g.e.**, s. 321.

²²⁴ Şahsi kusur ile alelade kusur, memurun sorumluluğunu doğurmak açısından neticede farklılık göstermezler. Ama biri özel hukuk ,biri de kamu hukuku kökenli olmak itibarıyla birbirinden ayrı mesuliyet sahalarını ilgilendirirler.

²²⁵ Başarangil, **a.g.e.**, s. 69-70.

2. Personel

MK. m. 13' e göre, zararın meydana gelmesine neden olanlar için "personel" deyimini kullanılırken, Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında zararın meydana gelmesi neden olanlar için "memurlar ve kamu görevlileri" deyimini kullanılmıştır. Türk doktrininin ortak yargısı, DMK'nunu madde 13 hükmünün yalnızca bu kanuna tabi personeli hakkında uygulanabileceği yönündedir²²⁶. Doktrine öncülük eden Duran'a göre bu hükümden 1 nci maddenin 1 nci fıkrası ile sınırlı olup 4 ve 5 nci maddelerde belirtilmiş kamu görevlileri istifade edebileceklerdir²²⁷.

Gerçekte personel deyimini kullanılmakla, kamu hukukuna tabi bütün görevlilerin murat olduğu; böylece getirilen güvenceden, yalnız memurların değil, kanunun 4.ncü maddesinde "istihdam şekilleri" başlığı altında sayılan diğer personelin de yararlandırılacağı anlaşılmaktadır²²⁸.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, kamu personelinin tümünün Devlet Memurları kanununa tabi olmaması gerçeği karşısında 13 ncü madde hükmünün bu personel için de geçerli olup olmadığı sorusudur.

Buna göre anılan hüküm "*genel ve katma bütçeli kurumlar, ile özel idareleri, belediyeler, ile özel idareleri ve belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında ve Beden Terbiyesi Bölge Müdürlüklerinde çalışan*" memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler hakkında uygulanabilecektir. Metinde geçen " kamu hukukuna tabi görevler" ibaresi maddenin personelin statüsünü değil, yürüttüğü görevin niteliğini esas aldığı göstermektedir²²⁹.

Kamu görevlileri deyimini geniş anlamda kullanıldığında, kamu kesiminde görev yapan, hukuksal durumları birbirinden farklı olan tüm görevlileri içine alır. Geniş anlamda kamu görevlileri deyimini içinde kamu kesiminde çalışan herkes girer. Dar anlamda kamu görevlileri deyimini,128.

²²⁶ Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**,s. 10 - 11; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 97 - 99.

²²⁷ Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**,s. 11.

²²⁸ Yenice, Yavuz, **a.g.e.**, s. 318 - 319; Duran, **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, s. 11.

²²⁹ Yenice, Yavuz, **a.g.e.**, s. 319.

maddesinde belirtildiği gibi, kamu kurum ve kuruluşlarının genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asil ve sürekli görevleri yürüten kişileri kapsar. Bunlar devlet memurları ve diğer kamu görevlileridir.

Diğer kamu görevlileri deyimini 1982 Anayasası ile hukukumuzda girmiştir. Bunlar da memurlar gibi, genel idare esaslarına göre kamu hizmetlerinin gerektirdiği adli ve sürekli görevleri yürüten görevlileridir.

Memur dışında kalan diğer kamu görevlileri kapsamında; hakim ve savcılar, askerler, üniversite öğretim üyeleri gibi ayrı personel rejimini tabi olan kamu görevlileri girmektedir. Diğer kamu görevlilerinin de, idare hukuku esaslarına göre çalıştırılmaları gerekmektedir²³⁰.

3. Kurum

İlgili kurumla, zarar doğuran işlem ve eylem yapan personelin çalıştığı görevli olduğu kurum anlaşılmalıdır²³¹. Burada personelin atandığı değil çalıştığı kurumun esas alınması gerektiği, ikinci görevle veya geçici olarak çalıştığı kurumun da ilgili kurum anlamına geleceği kabul edilmiştir²³².

Belirtelim ki, zarar veren kamu tüzel kişisinin tespit ve teşhisi zarar gören ferdin, idareye açacağı davada husumetin tevcihi bir başka deyişle hasım gösterme açısından önem taşıyacaktır .

İdarenin sorumlu tutulabilmesi için zararlı muamele ve fiilin idare hükmi şahıslarından veya kamu görevlilerinden kaynaklanması lazımdır. Bu bakımdan da yabancı bir makam veya milletlerarası teşekküller tarafından ika edilen zararlarla idare teşkilatıyla alakalı olmayan şahıslar ve nihayet üçüncü şahıslar tarafından ikâ edilen zararlardan dolayı devlete ve idare

²³⁰ Başarangel, **a.g.e.**, s. 69.

²³¹ Esin, **a.g.e.**, s. 112

²³² Tandoğan, **a.g.e.**, s. 99.

hükmi şahıslarına tevcih edilebilecek mes'uliyeti ayrı tetkik etmek icap eder²³³.

Yabancı makamlar, milletler arası teşekküller ve bunlara bağlı personeli tarafından ika edilen zararlardan Devletin ve idare hükmi şahıslarının mes'ul olmayacağı kabul edilmektedir²³⁴.

III. ZARARIN HESAPLANMASI

Zararın hesaplanması mala ilişkin zararın hesaplanması ve kişiye ilişkin zararın hesaplanması olmak üzere ikiye ayrılır.

A. Mala İlişkin Zararın Hesaplanması

malın ilişkin zararın belirlenmesi için ilk önce hesaplanma yöntemleri olan objektif ve subjektif yöntemleri ve mala ilişkin zararın belirlenmesi gerekir.

1. Hesaplanma yöntemleri

Zarar, malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile böyle bir olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farktır. Bu tariften de anlaşılacağı gibi, zarar malvarlığının gösterdiği iki durum arasındaki farka göre hesaplanır. Bu tür zarar teorisine "Fark teorisi" denir²³⁵.

Borçlar kanunu, malın zararın hesaplanmasıyla ilgili hükümler ihtiva etmektedir. Ancak doktrinde fark teorisi esas alınmak suretiyle "objektif hesaplama yöntemi" ve "sübjektif hesaplama yöntemi" olmak üzere iki hesaplama yöntemi geliştirilmiş bulunmaktadır.

²³³ Sami Sıddık Onar, **İdare Hukukunda Umumi Esasları**, 3.C, 3. Baskı, İstanbul, 1960, s. 1721.

²³⁴ Onar, **İdare Hukukunda Umumi Esasları**, s. 1721.

²³⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 322.

a. Objektif Hesaplama Yöntemi

Zarar tutarının bu yolla belirlenmesinde kırılan, dökülen, yıkılan ya da yok edilen malın mübadale değeri göz önünde tutulur. Bu değer ise, aynı çeşit, tutar ve nitelikteki malın zararlandırıcı eylemin işlendiği anda serbest piyasada her türlü sübjektif görüşlerden uzak olarak taşıdığı ortalama (objektif) değerdir. Malikin o malı satacağı fiyattır. Pazarda ya da borsada sürüm fiyatı bulunan mallar için mübadele değeri bir oranda kolayca saptanabilir.

Kullanılmış mal yönünden durum böyle değildir. Bu maların değeri, pek az kulanılmış olsalar da yenilerin değerinin çok altındadır. Bir şey ekonomik yönden ticarin yanında iken taşıdığı değerden daha az bir değer taşır²³⁶

Kullanılmayla eksimeyen, aşınıp yıpranmayan bir malın (yağlı boya bir tablo) ya da eskimesine rağmen elden çıkarılması düşünülmeleyen bir nesne (bir takım elbise) yok olmuşsa, zararın miktarı yok olan malın piyasa değeri değil, bunun yerine konulacak aynı tür ve nitelikte yeni nesneyi sağlamak için ödenmesi gereken bedel kadardır²³⁷.

Deüeri kulladıkça azalan bir malın söz konusuysa, malın yıpranma değeri yeniden elde edilmesi için yapılacak masraf tutarından düşürülür. Başka bir deyişle, malın eski ve yeni deüeri arasındaki fark, tazminat miktarından indirilir.

Ancak, objektif hesaplama yöntemi her zaman yeterli bir yöntem değildir. Özellikle yok olan, kaybolan, hasara uğrayan mal, zarar görenin malvarlığında özel bir fonksiyona haiz olup değer yönünden diğer malları da etkilemekte ise, objektif hesaplama yöntemi yeterli bir yöntem olmaz.

Böylece zarar tutarların belirlenmesinde, olayın somut koşulları, zarar göreni mal arasındaki özel ilişkiler önem kazanmış oluyor. Denebilir ki, zarar tutarı genellikle sübjektif hesaplama yöntemine göre saptanmaktadır.

²³⁶ Karahasan, **a.g.e.**, s. 83-84; Ali İnan,, “Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarından Devlet ve Diğer Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu”, **Danıştay Dergisi**, Y1. 14, 1984, s. 334.

²³⁷ Büyüksağış, **a.g.e.**, s. 78.

Gerçekten, hukukumuzda egemen olan yöntem sübjektif hesaplama yöntemidir.

Objektif hesaplama yönteminde yok olan kaybolan veya hasara uğrayan malın serbest piyasada oluşan ortalama değeri esas alınır. Objektif değer, aynı tür, miktar ve nitelikte bir malın, her türlü sübjektif etkiden uzak olarak belirli bir anda serbest piyasada arz etiği ortamda alım-satım değeridir²³⁸.

b. Sübjektif Hesaplama Yöntemi

Yok olan veya hasara uğrayan malın mağdurun malvarlığında özel bir fonksiyonu varsa ve değer yönünden malvarlığını oluşturan diğer unsurlardan etkilenmekteyse, fiili zarar, mağdurun malvarlığında bulunan diğer mallarla nesnenin içinde bulunduğu ilişki ve onun kullanım amacı gözönünde bulundurularak belirlenir²³⁹. Mesela birlikte gösteri yapabilen eğitimli bir çift sirk fokundan biri bir daha iyileşemeyecek şekilde sakatlanmışsa, zararın hesaplanmasında sadece sakatlanan fokun piyasa değeri değil, yeni alınacak fokun diğer foka uyum sağlaması ve birlikte ve birlikte gösteriye başlamasına kadar geçecek sürede uğranılan kazanç kaybı da göz önünde bulundurlar²⁴⁰.

Yıkılan, kırılan, dökülen ya da yok edilen bir mal, malikin öteki malları ile olan ilişki ve kullandığı amaç nedeniyle malik yönünden reel değerinin üstünde bir değer taşıyabilir. Başka bir söyleyişle, zararlandırıcı olay sonunda malvarlığında meydana gelen eksileme yıkılan, kırılan, dökülen malın reel değerinin ödettirilmesi ile zarar görenin malvarlığındaki eksilme giderilmeyebilir. Böylece zarar tutarının belirlenmesinde, olayın somut koşulları, zarar görenle mal arasındaki özel ilişkiler önem kazanmış oluyor. Denebilir ki, zarar tutarı genellikle sübjektif hesaplama yöntemine göre

²³⁸ Köse, **a.g.e.**, s. 101.

²³⁹ Tekinay v.d, **a.g.e.**, s. 584.

²⁴⁰ Büyüksağış, **a.g.e.**, s. 79.

saptanmaktadır. Gerçekten, hukukumuzda egemen olan yöntem subjektif hesaplama yöntemidir.

Objektif hesaplama yönteminde yok olan (tahrip edilen) kaybolan veya hasara uğrayan malın serbest piyasada oluşan ortalama değeri esas alınır. Objektif değer; aynı tür; miktar ve nitelikte bir malın; her türlü subjektif etkiden uzak olarak belirli bir anda serbest piyasada arzettiği ortalama alım - satım değeridir.

Zararın miktarının belirlenmesinde, hasara uğrayan nesnenin hangi tarihteki değerinin esas alınacağı önem taşır. Zararın doğduğu tarih, tazminat davasının açıldığı tarih ve hükmün verildiği tarih olmak üzere değişik tarihler esas alınabilir²⁴¹.

Türk hukukunda hakim yöntem, subjektif hesaplama yöntemidir. İlk olarak yok olması, kaybolması veya hasara uğramasıyla zarar görenin somut malvarlığının hangi ölçüde kayba uğramış olduğu incelenir.

2. Maddi Zararın Belirlenmesi

Eşyaya ilişkin zararın belirlenmesi için malın tamamen yok olması ve malın kısmen hasara uğraması ve onarım giderlerini belirlemek gerekir.

a. Malın Tamamen Yok Olması

Haksız fiil sonucu malvarlığı zararı, hasarla kalmamış, mal tamamen yok olmuş bulunabilir. Bu durumda zarar, bu malı aynısının davacıya temin edilmesiyle giderilebilir. malın aynısının davacıya temin etmenin mümkün olmadığı hallerde, yenisinin aynen ya da bedelinin zararın karşılığı olarak tazmini gerekecektir²⁴². Başka bir ifadeyle, bir mal tamamen yok olur ya da yitirilmiş bulunursa, zarar görene o malın değiş-tokuş değerinin ödenmesi ile zarar giderilmiş olmaz. Çoğunlukla, mal sahibinin kendisine aynı değerinde bir

²⁴¹ HD. 29.11.1995 t, 1995/4547 E, 1995/10368 K, Büyüksağış, **a.g.e.**, s. 80.

²⁴² Mustafa Kılıçoğlu, , **Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri**, Ankara, 2000, s. 277.

mal alması, onun yerine yenisini koyması için gerekli olan daha yüksek bir para ödenmesi zorunludur. Özellikle kullanılmış malın satış değeri ile yenisinin alınması için ödenmesi gereken para arasında önemli fark bulunabilir. Burada malikin uğradığı zarar, malın yerine bir başkasının alınması gerekli olan paradır. Kullanılmış malı yok edilen kimse, onun yerine kullanılmış malı satın almaya zorlanmaz.

Malın ilişkin zarar, malın tamamen yok olmasından doğabileceği gibi, kısmen yok olmasından yani hasara uğramasından da doğabilir. Mutlak olarak kullanılmaz hale gelen veya tamiri mümkün olmayan ya da tamir masrafı, değerinden fazla olan mal, tamamen yok olmuş sayılır.

b. Malın Kısmen Hasara Uğraması Ve Onarım Giderleri

Haksız fiil sonucu malvarlığı hasar görmüş, tamir edilmek suretiyle kullanılabilir bir zarara uğramış olabilir. Bu durumda, zarar, bunun tamir edilmesi için yapılması gereken masraflar, tamir süresince eşyanın kullanılmasından mahrum kalınmasından doğan zarar ile, malın hasarlı duruma gelmesi nedeniyle uğradığı değer kaybından ibarettir. Örneğin, haksız fiil sonucu, hasar gören aracın, tamiri için yapılan masraflar davacının zararıdır. Bu tazmin edilecektir. Ancak, davacının zararı sadece bununla sınırlı değildir. Aracın tamir edilinceye kadar kullanılması mümkün olmamış ise, kullanma mahrumiyetinden doğan zararın da tazmin edilmesi gerekir²⁴³.

Bazı eşya niteliği itibarıyla zamanla kullanılma sonucu değer kaybına uğrar. Bunlar, sabit değerli olmayan, yani zamanla değeri değişir, eskiyip, yıpranan eşya türünü oluşturur.

Bu tür malda zarar hesaplanarak, bunun zarar gören için, eskime ve yıpranma durumu da göz önünde tutularak halen arzettiği değer hesaba katılır. Zarar gören, hiç bir zaman, yok olan mal yerine, eski kullanılmış bir mal almaya zorlanamaz.

²⁴³ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 277.

Yok olan mala bir mesleğin icrasında kullanılan veya gelir getiren bir eşya ise (otomobil, torna tezgahı, büro veya ev gibi) zarara, malın kullanılmamasından doğan ve dolayısıyla yoksun kalınan kar ekleneceği gibi, onun yokluğu yüzünden yapılan giderler de eklenir.

Arabayla yolcu taşıyamamak, binayı kiraya vermemek yoksun kalınan karı, her gün ise gidip gelirken dolmuş, otobüs veya taksiye ya da kiralanan bir arabaya ödenen para ise, diğer giderleri oluşturur²⁴⁴.

Malın Kısmen yok olması, hasara uğramasını ifade eder. Tahsis edildiği amacı, zarar verici olay yüzünden tam olarak yerine getirmeyen, bunu ancak belirli bir tamir sonunda gerçekleştirebiliyorsa, hasara uğramış maldır. Hasara uğrayan mal, ancak tamir edildikten sonra asıl amacını yerine getirileceği için, her hasar, kısmı bir zarar oluşturur . Zira hasara uğrayan her mal kısmen de olsa yok olmaktadır.

Malın kısmen yok olması, yani hasara uğraması halinde zarar, ilke olarak iki unsurdan oluşur. Burada önce, malın tamiri, eski duruma getirilmesi için yapılacak onarım giderleri söz konusu olur. Sonra da mala ilişkin zararda hasar dolayısıyla eşyanın uğramış olduğu ticari değer kaybı hesaba katılır. Bir mal tamir edilmiş olsa bile, hasara uğradığı için daima o malın reel ekonomik değerinden kaybeder.

Duygusal veya manevi değeri olan bir malın tahrip edilmesi veya kaybolması ya da hasara uğraması halinde, bunlar ekonomik bir değer taşımadıkları için, maddi değil, şartları varsa, BK 49 göre manevi tazminat istenebilir. Zarar uğramış olan bir mal onarılabılır durumda ise zarar gören onarımın gerektirdiği giderler isteyebilir. Bu giderim (tazminat), hiç zarara uğramamış mal ile onarılmış mal arasındaki fark göz önünde tutularak hesaplanır²⁴⁵.

²⁴⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 323 - 324.

²⁴⁵ Karahasan, **a.g.e.**, s. 1187.

B. Kişiyi İlişkin Zararın Hesaplanması

Vücut bütünlüğünün ihlali ile kişisel değerlerin ihlalinden doğan zarar, kişiyi ilişkin zararı oluşturur.

1. Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zararın Hesaplanması

Sorumluluğu doğuran olay, zarar görenin vücut bütünlüğünü ihlal etmiş olabilir. BK 46/1, Bu ihlalden doğan zararın hesaplanmasına ilişkin bir hüküm içermektedir. Bu maddeye göre, vücut bütünlüğü ihlal edilen kişi, çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybeden veya ekonomik geleceğinin sargılamasından doğan zararın tazminiyle yaptığı giderlerin tümünü talep edebilir. Bu hüküm, hem akit dışı sorumlulukta hem de aktı sorumlulukta uygulanır. Mesela, hizmet katinde işverenin istisna aktinde yüklenicinin (müteahhidin) vekalet katinde vekilin sorumluluğunda durum böyledir.

Zarar görenin beden veya ruh bütünlüğünü maddi veya manevi bir zarar meydana getirecek şekilde bozulmasına vücut bütünlüğünün ihlali denir.

Beden bütünlüğünün ihlalinde, mekanik veya psişik bir müdahale ve dar be sonucu, bedende anatomik bir değişiklik ve bozulma meydana gelir. Başka bir deyişle, burada zarar geçirenin beden bütünlüğü, mekanik veya psişik bir müdahaleyle bozulmaktadır. Vücuttaki anatomik değişimler, genellikle mekanik etkilerden ileri gelir. Mesela, bir tokat veya sopayla vurma ya da silahtan çıkan bir kurşun sonucu bir kolun sakatlanması, gözün çıkması, kulağın sağır olması, hastalık, sakatlık gibi haller de zarar görenin vücut anatomisinin değişme ve bozulmasına sebep olabilir.

Ruh bütünlüğünün ihlali de mekanik bir etki ve güç sonucu meydana gelebileceği gibi, psişik bir müdahale ve güç sonucu da meydana gelebilir. Burada daha çok zarar görenin duygu, irade, zeka yeteneklerinde bir değişme olmakta ruh sağlığı bozulmaktadır.

BK' nun 46 maddesine göre, cismani bir zarara duçar olan kimse külliyen veya kısmen çalışmaya muktedir olmamasından ve ilerde iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyanını ve bütün masraflarını isteyebilir ²⁴⁶.

Bu hüküm gerek bedensel ve gerekse ruhsal ihlallerden meydana gelen zararları kapsar. Başka bir anlatımla, burada salt bedensel değil, ruhsal tamliğin da ihlali söz konusudur. Beden üzerindeki değişiklik kadar, örneğin, korkutma sonucu olarak kalp hastalığı, erken doğum, sinir bozukluğu gibi ruhsal etkiler ile sağlığın bozulması da BK.m.46/1 anlamında "cismani "bir zarar niteliğindedir ²⁴⁷.

Beden ve ruh tamliğinin ihlalinden doğan zararlar gerek maddi ve gerekse manevi olabilir. BK. 46/1 de bir yandan giderimi istenebilecek maddi zararın neler olduğu ve öte yandan da bunların nasıl belirleneceği gösterilmiştir. Vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan maddi zararlar, tedavi giderleri, çalışma gücünün kaybı ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlardır.

a. Tedavi Giderleri

Beden tamliğı veya sıhhati ihlal edilen kişi, bu yüzden bazı masraflar yapmak zorunda kalabilir. Özellikle tedavi masrafları buraya girer. Yaranın veya hastalığın iyileşmesi için yapılan hastane, doktor ve ilaç masrafları gibi. Keza laboratuvar tahlilleri ve film çekirme masrafları, tazmini gereken zarar kalemlerindedir. Kırılan dişlerin yerine takma diş taktırmak, ayak kemiklerindeki eziklikler dolayısıyla koltuk değnekleri almak, kopan bir bacağın yerine takma bacak yaptırmak için girilen masraflar da böyledir. Zarar gören şahsın sağlık durumunun düzelmesi ve iyileşmesi için gerekli muayene, tahlil, tedavi, ambulans veya diğer taşıma giderleriyle, gerektiği takdirde ameliyat,hastane, ilaç, tekerlikli iskemle, bakım, fizik tedavi, kaplıca

²⁴⁶ Karahasan, **a.g.e.**, s. 1176.

²⁴⁷ Karahasan, **a.g.e.**, s. 1177.

korse vs. giderleri buraya girer. Vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle yapılan diğer giderlere avukat, hukuki danışma, bilirkişi ücreti de girer. Keza zarar görenin yakınlarının hastaneye gelip giderken yaptıkları ulaşım giderleri de bunlarla zarar gören arasında vekalet ilişkisinin bulunması halinde zarar görenin bu giderleri zarar ilişkisinin bulunması halinde ödenecek tedavi giderine dahil olur. Buna karşılık vekalet ilişkisinin bulunmaması halinde zarar görenin bu giderleri zarar olarak isteyebilmesi ancak kendisinin yakınlarına veya üçüncü kişilere karşı vekaletsiz iş görme ilişkisi içinde tazminat borçlusu olması halinde söz konusu olabilir. Tazminattan amaç malvarlığını eski duruma getirmek olduğu için hastanede ya da sağlık yurdunda tedavi edilenlerin normal yeme, içme ve bakım giderlerinin iyileştirme giderlerinden düşülmesi gerekir ki eğer haksız fiil nedeniyle ek bir takım beslenme ya da bakım giderleri yapılmış olursa ancak bu durumda zarar gerçekleşir ve bunların ödetilmesine karar verilir. Tedavi için gidilen şehirde yemek giderleri ile zarar görenin köyündeki karşılaştırılarak sonuca varılması öngörülmüştür²⁴⁸.

b. Çalışma Gücünü Azalmasından yada Kaybından Doğan Zarar

Çalışma gücünü azalmasından ya da kaybından doğan zarar, zarar görenin tam iyileşmiş olması ve zarar görenin henüz tam iyileşmemiş olması gerekir. Ayrıca ekonomik geleceğinin tehlikeye girmesi zarar olarak görülmektedir.

aa. Zarar Görenin Tam İyileşmiş Olması

Zarar görenin davadan ya da hükümden önce tam iyileşmesi durumunda geçici iş göremezlik gideriminin saptanması için eldeki güvenilir dayanaklardan yararlanılabilir. Burada zarar gören ister ücretli ve isterse ticaretle uğraşmış olsun, haksız eylemden sonraki ve önceki durumu

²⁴⁸ Karahasan, a.g.e., s. 1178.

karşılaştırılması ile zararın kapsamı belirtilebilir. Haksız eylem günü ile iyileşme günü arasındaki ücretlerin toplamı zararı oluşturur.

Zarar görenin normal alabileceği ücret tutarı, geçici iş görmezlik *giderimin* konusu olur. Ticaretle uğraşan kimsenin, haksız eylemen önceki kazancı ile sonraki kazancının karşılaştırılması sonucu olarak ortaya çıkan fark, onun uğradığı zarardır. Böylece ücretlilerin zararının hesaplanması daha kolaydır. Oysa, serbest kazançlı kimselerin gelirlerin saptanması güç bir iştir. Kanıt yükü (ispat külfeti) zarar gören üzerinde olup her çeşit kanıt başvurulabilir.

Şu duruma da değinmekte yarar vardır: Zarara uğrayanın çalışmamasından kaynaklanan gelir yoksunluğunun hesabında, ceza hukuku bakımından verilmiş iş ve güç kaybı raporu değil bu olay nedeniyle çalışılmaya yen süreyi belirleyen rapor temel alınmalıdır²⁴⁹.

bb. Zarar Görenin Henüz Tam İyileşmemiş Olması

Zara gören davadan ya da hükümden önce iyileşmemiş olması durumunda çalışma gücünden yoksun kalmanın sonuçlarını belirlemek çok güçleşir. Bu sonuçların gelecekteki ve varsayıma dayanan bir zarar olarak hesaplanması gerekir. Başka bir söyleyişle zarar gören kimsenin ilerdeki çalışma gücü ve kazanma olanağı, varsayımların yardımı ile belirlenmeye çalışır. Burada yalnızca haksız eylemin işlendiği gündeki gelir kazanç değil bu eylem yapılmamış olsaydı zarar görenin çalışma gücünün değeri ve çalışma piyasasındaki durumu önem kazanır. Varsayıma dayanarak gelecekteki zararın hesaplanmasında şunlar etken olabilir:

1. Beden ve ruh tamlığının ihlal biçimi ile derecesi sakatlığın, hastalığın çeşidi ve derecesi öncelikle göz önünde bulundurulur. Bu yönünü saptanabilmesi bilirkişiden rapor almayı gerektirir.

²⁴⁹ Karahasan, a.g.e., s. 1180.

Beden ve ruh tamlığı ihlallerinin, zarar görenin sanat ya da mesleğine yapmış olduğu etki ve bunun oranı göz önünde tutulmalıdır.

Sakatlık ya da hastalık, zarar görenin sanatını ya da mesleğini yürütmesine engel olabilir. Şu da var ki, zarar gören kimsenin yeteneği, yaşı ve zekası, sosyal durumu, durum ve koşulların özelliği, başka bir sanat ya da meslek tutması gerekli kıldığı ölçüde bu durum da göz önünde bulundurulur ve tazminat ona göre hesaplanır.

2. Zarar ve tazminatın belirlenmesinde, zarar görenin çalışma gücünden yoksun kalmasını azaltacak bir ameliyat ya da tedaviye rıza göstermeyeceği de göz önünde tutulmalıdır. Ne var ki ameliyat tehlikeli ve çok acı verici olmaması ve zarar görenin ameliyat sonunda iyileşmesinin kuvvetle muhtemel olması ve sorumlu kişinin de giderleri önceden ödemiş bulunması gerekir.

Zararın belirlenmesinde, zarar görenin yürüttüğü sanatın ya da mesleğin gelir durumu da göz önünde bulundurlar. Beden ve ruh tamlığının ihlal edildiği zamanki gelir temel alınmakla birlikte yakın gelecekte gelirin artması kuvvetle beklenir ise bu da hesaba katılır.

3. Çalışma gücünün başlama anı ve devam süresi, zararın belirlenmesinde göz önünde tutulur. Eğer zarar gören çocuk ise, muhtemel sanat ya da mesleğine göre çalışmaya başlayacağı gün göz önünde alınarak çalışma gücünden yoksun kalmış olmasından ötürü uğrayacağı zarar hesaplanıp, yaş ilerledikçe artan bir gelir, hesaba katılmalıdır²⁵⁰.

cc. Ekonomik Geleceğinin Tehlikeye Girmesi

Beden ve ruh tamlığının ihlali, ekonomik geleceğin sarsılması, kötüleşme ekonomik yönden gelişmeye engel olur. Yada gelişmeye zorlaştırır. Sakatlık, akıl hastalığı ya da zayıflığı biçimde ortaya çıkabilir. Öte yandan, görme, işitme duyularının azalması ya da bunlarda bozukluk

²⁵⁰ Selahattin Sülhi Tekinay, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1985, s. 486-522; Karahasan, **a.g.e.**, s. 1182.

meydana gelmesi söz konusu olabilir. Bazen haksız fiil zarar göre kişinin iş gücüne doğrudan doğruya etki yapmaz, fakat onun için gelecekte bir takım iktisadi zorluklar, yaratır. Öğrenin bir genç kızın yüz çizgilerinin bozulması sebebiyle onun evlenme şansının azalmasıdır. Bu bir tazminatın ödemesi, bu ızdırabların hafiflemesine, hiç değilse bazı avunma çarelerini bulunmasına yardım edebilir²⁵¹.

Esasında beden tamlığı ve hayat üzerindeki haklar da kişilik haklarındandır bunların ihlali, şeref ve haysiyet gibi diğer kişilik değerlerinin ihlalinin sadece hukuk politikasına ilişkin düşüncelerle ayrılmıştır. BK'nun 47. maddesinde beden tümlüğünün ihlali ve öldürme hallerine, 49. maddesinde ise şeref ve haysiyet gibi diğer kişilik değerlerine tecavüz halinde ödenecek manevi tazminatla ilgili hükümler yer almaktadır²⁵².

Manevi tazminatı, zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin, yani manevi zararın giderilemesi, tatmin ve telafi edilmesidir²⁵³.

Kişilik değerlerinin ihlalinin hem maddi, hem de manevi zarar doğabileceği gibi, bazen yalnız manevi zarar da doğabilir. Vücut bütünlüğünün ihlalinde bu duruma rastlamak mümkündür. Zarar verici olay sonunda maddi zarar doğmasa yalnız manevi zarar doğsa bile, zarar gören, manevi tazminat talebine bulunabilir. Zira manevi tazminat talebi maddi tazminattan bağımsız bir taleptir.

İsviçre ve Türk Hukukunda hâkim olan görüşe göre, manevi zarar, zarar görenin kişilik haklarına yapılan tecavüzün, onun psikolojik varlığı üzerinde etkisi biçiminde ortaya çıkar. Başka bir deyimle, uğradığı tecavüz sonucu fizik veya manevi acı duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevincini kaybeden kişi, manevi zarara uğramış sayılır. Türk Hukuk

²⁵¹ Tekinay, **a.g.e.**, s. 486 – s. 522.

²⁵² Tekinay, **a.g.e.**, s. 523 ; İnan, **a.g.m.**, s. 348; Ünal, **a.g.e.**, s. 407.

²⁵³ Eren, **a.g.e.**, s. 369; Tekinay, v.d., **a.g.e.**, s. 877; İnan, **a.g.m.**, s. 338.

uygulamasında öteden beri benimsenen görüş subjektif²⁵⁴ görüştür. Manevi tazminat ödenmesini gerektiren üç durum bulunmaktadır.

2. Ölüm Halinde

Ölüm halinde doğan zararlar, ölenin ölünceye kadarki zararlar, cenaze ve toprağa verme giderleri ve destekten yoksun kalma zararlarz ayrılır.

a. Ölenin Ölünceye Kadarki Zararları

Ölüm, derhal vuku bulmamış ise zarar çalışmaya muktedir olmamaktan mütevellit zararı ihtiva eder. Dolayısıyla ölenin, ölünceye kadarki dönemde uğradığı zararlar, yukarıda ele aldığımız yaralama nedeniyle doğan zararları kapsar. Zira, zarar görenin ölünceye kadar uğradığı zararları yaralanmadan ibarettir. Bunu sonucu olarak, ölenin ölünceye kadarki tedavi giderleriyle çalışmadığı günlere ilişkin zararları hesap edilecektir. Buna karşılık, ölüm gerçekleştiğinden, ölenin çalışma gücünü kaybetmesinden ve ekonomik geleceğinin sarsılmasından söz edilemeyeceğinden, bu zararlar söz konusu olmayacaktır²⁵⁵.

b. Cenaze ve Toprağa Verme Giderleri

Ölüm halinde doğan zararlar arasında toprağa verme giderleri de yer alır. Yasa bunu “defin masrafları” şeklinde ifade etmiştir. Bunun yerine, günümüzde yaygın olarak kullanılan “toprağa verme” kavramını kullanmaya tercih etmekteyiz. Buraya, ölünün taşınması için yapılan giderler, cenaze töreni, mezarlık giderleri gibi harcamalar girer²⁵⁶.

Konumuza doğrudan ilgilendirmediğinden manevi zararı açıklayan (ceza görüşü telafi görüşü) görüşler üzerinde durulmamıştır, Bu konuda bkz, Eren, **a.g.e.**, s. 371; Karahasan, **a.g.e.**, s. 574.

²⁵⁵ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 279.

²⁵⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 280.

c. Destekten Yoksun Kalanlar

Ölüm halinde ortaya çıkabilecek önemli bir zararı hükme bağlamıştır. Bu hükme göre: Ölüm neticesi olarak diğer kimseler ölenin yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir.

Ölenin desteğinden yoksun kalanlar, ya ölüm anında fiilen destek alan kişilerdir; ya da ölenden ileride destek alması varsayılan kişilerdir. Birinci halde fiili destekten, ikinci halde farazi destekten söz edilmektedir. Örneğin: Babası ölen çocuk, kocası ölen kadın, ileride ondan destek alması muhtemel kişidir. Birinci halde fiili destek. ikinci halde ise farazi destek söz konusudur²⁵⁷. Destekten yoksun kalma zararının hesabında dikkat edilmesi gereken unsurlara gelince, destekten yoksun kalma tazminatının hesabı ölüm olayı gerçekleşmeseydi muhtemel çalışma ve destek olma süresi destekten yoksun kalanların muhtemel yaşama süresi, destek alabilme süreleri, gelir durumları gibi unsurları gibi unsurlara bağlıdır. Bu anlamda olmak üzere, aşağıdaki unsurların göz önünde tutulması gerekir:

1. Ölenin yaşı ve muhtemel yaşam süresi;
2. Muhtemel çalışma süresi;
3. Ölenin muhtemel çalışma süresi sonucuna kadar gelirinden kendisine ayıracağı miktar)
4. Destekten yoksun kalan kişinin muhtemel yaşama süresi ve destek alabileceği süre (çocukların ergin oluncaya kadar; eğitimleri devam ediyorsa eğitim süresi sonuna kadar desteğe kalanların sayısı ve her birine ölenden düşen destek oranı)
5. Destekten yoksun kalan kişi sağ kalan eş ise, bunun evlenme şansı (Uygulamada evlenme şansı göre eşe hükmedilecek destekten yoksun kalma tazminatından %10- 25 oranında indirim yapılmaktadır);
6. Destekten yoksun kalma tazminatı peşin bir ödemeyi içerdiği, halbuki ölen kişi hayatta olsaydı, bu ödemeleri toptan değil, aylık gibi belirli aralıklarla

²⁵⁷ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 280.

ödeyeceği göz önünde tutularak peşin sermaye indirimi (Uygulamada bu indirim oranı % 10 dolaylarında yapılmaktadır) ²⁵⁸.

3. Manevi Zararın Hesaplanması

Manevi zararın hesaplanması için, beden ve ruh bütünlüğünün ihlali sonucu manevi zarar, ölenin yakınlarının manevi zarar ve kişilik haklarının ihlali sonucu manevi zararın hesaplanması gerekir²⁵⁹.

a. Beden ve Ruh Bütünlüğünün İhlali Sonucu Manevi Zarar

BK'nun 47. maddesi hükmüne göre "Hakim hususi halleri nazara alarak cismani zarara duçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölenin ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir". Buna göre, manevi tazminat verilebilmesi için, beden ve ruh tamlığı ihlal edilmeli ve özel durumlar manevi giderimi gerektirmelidir²⁶⁰.

Hakim, beden bütünlüğünü ihlal eden bir fiil karşısında gerek manevi tazminata lüzum bulunup bulunmadığını gerekse manevi tazminatın miktarını, özel hal ve şartları değerlendirerek tayin edecektir. Özel hal ve şartlar, her şeyden önce davalının kusur derecesi ile davacının çektiği acı ve üzüntünün önemine yapılmış bir atıftır. Doktrinde hakim olan görüşe göre, manevi tazminat talep etmek hakkı, doğrudan doğruya beden tamlığı ihlal edilen kişiye tanınmaktadır, yansıma yoluyla acı duyan kişiler manevi tazminat isteyemezler. Yargı tayin bir kararında da bu esas uygulanmış ve "çocukların iki gözünün kör olmasının ana babaya manevi giderim hakkı vermeyeceği ancak, böyle hallerde illiyet bağı aramak ve ana babaya tazminat hakkı tanımak doğru olurdu. Asabi çocukların sebep olduğu maddi ve manevi zararları hakim doktrine göre dolaylı zarar sayılmamaktadır".

²⁵⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 280.

²⁵⁹ İdarenin sebep olduğu manevi zararın hesaplanması ile ilgili özel bir düzenleme bulunmadığı için, bu zararın hesaplanması ancak Borçlar Kanununda belirlenen şekilde yapılır.

²⁶⁰ Karahasan, **a.g.e.**, s. 594; İnan, **a.g.m.**, s.334

Ancak burada uygun illiyet teorisi, hukuka aykırılık bağı teorisiyle uygulanmalı ve sonuca bu suretle varılmalıdır²⁶¹.

BK 47 maddeye göre manevi tazminat istemek hakkı, öncelikle beden ve ruh tamlığı ihlal edilmiş olan kişiye tanınmıştır. Bu maddeye göre ölenin ailesinin de manevi tazminat isteyebileceği belirtilmiştir. Ancak maddede geçen ailesinin sözü, yakınları şeklinde anlaşılmaktadır.

b. Ölenin Yakınlarının Manevi Zararı

Cismanı zarar uğrayanın yakınları aynı eylem nedeniyle hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilmişse doğrudan doğruya zarar var olup illiyet gerçekleşmiş olup manevi tazminata hükmedilebilir²⁶². Diğer taraftan, Bk.m.47 hükmüne göre, "hakim, hususi halleri nazara alarak adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir " 47. maddenin bu kısmına ilişkin çerçeve şöyle olmalıydı : "Bir insanın öldürülmesinde yargıç özel hal ve şartların değerlendirerek öldürülene yakından bağlı olan kişilere uygun bir para tutarının manevi giderim olarak verilemesini emredebilir". Mesela, öldürülenin eşi, çocukları, mirasçı olmasalar bile ana ve babası, onunla bir arada yaşayan hala ve teyze gibi yakınları, öleni derin bir sevgiyle görüp gözetten ya da ölenin aynı sevgi ile görüp gözettiği kimseler, ölenin nişanlısı sorumlu kişiden manevi tazminat isteyebilirler, keza bu hak, ölenle nikahsız olarak karı koca hayatı yaşayan kimseye de tanınmalıdır²⁶³.

Bir kimsenin ölenin yakını olabilmesi için, ölen ile fiil aile hukuku çerçevesinde yakınlık değil duygusal yakınlıktır. Böyle olunca, uzak ya da yakın hısımlık bağları yerine ölenle çok yakın ve içtenlik taşıyan duygusal bir bağlılığı aranmalıdır. Ölene tazminat isteyenler arasında mirasçı olabilme ilişkinin bulunması gerekmez²⁶⁴. Bu nedenle, ölen ile davacı arasında yakın

²⁶¹ Tekin ay, **a.g.e.**, s.525.

²⁶² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 259.

²⁶³ Tekinay, **a.g.e.**, s. 525.

²⁶⁴ Karahasan , **a.g.e.**, s. 590; Y.11.H.D, 17-20/1983,E. 592, K. 699; Ünal, **a.g.e.**, s. 416.

akrabalığın bulunmasına rağmen, aralarında, hiçbir hissi bağın olmaması veya gevşek olması davanın reddini gerektirebilir. Hakim manevi tazminat tutarını adalete uygun olarak takdir eder, özel durumları ve ilgilerin sosyal ekonomik durumlarını da göz önünde bulundurur. Hakim manevi tazminata adalete uygun olarak hükmederken, özel hal ve şartların takdirinde MK.4. maddesi uyarınca hak ve nasfet kuralları (hakkaniyet esası) çerçevesinde takdir hakkını kullanacaktır.

c. Kişilik Haklarının İhlali Sonucu Manevi Zarar

Türk Hukukunda, manevi tazminata ilişkin olarak değişik kanun maddeleri yer almıştır. Bu özel ve kamu hukuklarında yer almaktadır. Mesela Kişiliğin korunması (MK.m.24 ve 24a) isme tecavüz gibi. Ayrıca BK. 46 maddesine göre manevi tazminat istenene bilmesinin ilk şartı, kişilik hakkının özellikle sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin ihlal edilmiş olmasıdır. Eskiden doktrin ve uygulamada ihlalin ağırlığı şartı aranmaktaydı. Ancak 3444 sayılı kanunla değiştirilen BK.m.49 madde, " Kişilik hakkının ihlalinin ağırlığı"şartını öngörmemektedir. Nitekim Anayasa yanın 5 .maddesine göre, devletin temel amaç ve görevlerin birisi de insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartlar hazırlamaktır. AY.20\1 .maddesinde "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilemsini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."hükmü yer almaktadır.

BK.m. 49' a göre manevi tazminat istenebilmesi için, ihlal fiil sosyal ve duygusal kişilik değerlerinde objektif bir eksilmeye sebep olmalıdır. Bu değerlerdeki objektif eksilme manevi zarardır. İhlal fiil, sosyal ve duygusal kişilik değerlerinde bir eksileme meydana getirmemişse manevi bir zarar da doğmamıştır. BK.m.49 un yeni metnine göre manevi zararın ağırlığı söz konusu olmaz²⁶⁵.

²⁶⁵ Eren, a.g.e., s. 390.

Manevi zarar, failin hukuka aykırı bir davranışı sonucu olursa, manevi tazminat istenebilir. Hukuka uygunluk sebepleri MK. 24\11, maddede sayılmıştır. Bunlar, zarar görenin rızası, üstün özel yarar, kamu yararı ve kanunun verdiği bir yetkinin kullanılmasıdır. Buna göre, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcut olmaması halinde, kişilik hakkını ihlal eden her tecavüz hukuka aykırıdır. İhlal fiilinin hukuka ayıklılığı asılı hukuka uygunluğu ise istisnadır. Bunun sonucu olarak, hukuka uygunluk sebebinin varlığını ispat yükü davalıya düşer²⁶⁶.

BK.m. 49'un yeni metninde zarar verinin kusurundan söz edilmemesi kusursuz sorumluluk hükümlü olduğu anlamını taşımaz. Sdece kusurun ağır olması şartı kaldırılmıştır.Bu nedenle manevi tazminatın tayininde hakime geniş bir takdir hakkı tanınmıştır. Ülkemizde manevi tazminat miktarının düşük olduğu görülmektedir.

BK.m. 49\11de kanun koyucu manevi tazminat miktarının tayini ile ilgili yeni bir hüküm getirmiştir. Buna göre "hakim. Manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını işgal ettikleri makama ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alınır.

Bu hükümlerle ihlal edilen aynı kişilik değerinin, zarar görenin sosyal, ekonomik ve siyasal durumuna göre farklı değerlendirmeye tabi tutulacağı ve dolayısıyla sübjektif sonuçlar doğuracağı ileri sürülmektedir.

Manevi tazminat bir alacak hakkı olduğu için, davanın açıldığı tarihten değil, manevi zararın doğduğu kişilik değerinde objektif eksilmenin meydana geldiği andan itibaren zarar faizin de eklenmesi gerekmektedir.

²⁶⁶ Eren ,a.g.e., s, 386.

SONUÇ

Bugün hemen bütün demokratik hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türkiye'de de Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerin tutum ve davranışları sonucu bireylere verdikleri zarardan sorumlu tutulmaları tartışmasız kabul edilmektedir.

Ancak, yargıya konu olabilecek ve dolayısıyla kamu gücünün sorumluluğuna yol açabilecek zararın birtakım özelliklere sahip olması gerekmektedir.

Zarar, bir hukuk süjesinin maddi veya manevi varlığında, o süjenin isteği dışı ortaya çıkan kayıp ve eksikliklerin hukuki adıdır.

Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin sorumluluğu cihetine yeni yeni gidildiği dönemlerde, manevi zararın tazmini talepleri, "gözyaşı parayla dindirilemez" gerekçesiyle reddedilmiş, ancak bugün için artık bu tür zararların da yetkin anlamda tazmini cihetine gidilmektedir.

Yürütme ve idarenin tutum ve davranışları sonucu verdiği zararların - diğer şartların da mevcut olması kaydıyla- yeteri ölçüde tazmin edilmesi tartışmasız kabul edildiği halde, Yasama ve Yargı organlarının sebebiyet verdiği zararların tazmini meselesi ülkemiz açısından henüz tartışmalıdır. Denilebilir ki, esas olarak, bu organların faaliyetlerinden doğan zararlar bakımından, Danıştay'ın uygulaması ve Öğretideki ağırlıklı görüş; bu zararın tazmin edilmesinden Devleti sorumlu tutmamak yönündedir.

Ancak, öğretide ileri sürülen yeni görüşlere göre, bu alanda da bazı kayıt ve şartlarla, Devletin sorumlu tutulması mümkündür.

Zararın, tazmin yükümlülüğü doğurabilmesi için, gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği kesin" bir nitelik arz etmesi gerekmektedir. Danıştay'ın bu konudaki içtihatları arasında kararlılık görülmediği gibi " zararın gerçekleşmiş olması" koşulunu da dar yoruma tabi tuttuğu söylenebilir.

Meydana gelen zararın, para ile takdiri kabil türden olması da, sorumluluğa yol açacak zararda aranan bir nitelik olarak görülmektedir.

Ayrıca zararın, bir "kamu külfeti" ya da "mülkiyetten doğan ödev" biçiminde veya "genel nitelikte" olmayıp, "özel" ve duruma göre de "olağandışı bir nitelikte" olması da, bir diğer niteliği olarak aranmaktadır.

Nihayet, zararın, zarar gören kişinin hukukça korunan bir hakkının ihlâli sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Kişinin, hukuk düzeni tarafından korunmayan, gayrimeşru bir çıkarının ihlalinden meydana gelen bir zararın da tam yargı davasına konu edilmesi mümkün değildir. Bunun gibi, kişinin kendisi ile hukuki bir bağ mevcut olmayan bir hakkın ihlalinden doğmuş zarardan ötürü de kamu gücünü sorumlu tutma olanağı yoktur.

Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tutum ve davranışlarından kaynaklanan zarardan sorumlu tutulabilmesi için, ortada, sayılan bu nitelikleri haiz bir zarar olmalıdır. Bu nitelikleri haiz olmayan bir zarardan, sorumluluğun diğer şartları mevcut olsa dahi, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerini sorumlu tutabilme olanağı yoktur.

KAYNAKÇA

I. KİTAPLAR

AKGÜNER, Tayfun, v.d.; **Hukuk Devleti, İdare Hukuku ve Danıştay, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdare Yargının Dünyada Bugünkü Yeri**, Ankara, 1993.

AKYILMAZ, Bahtiyar; **İdare Hukuku**, Konya, 2004.

AKYILMAZ, Bahtiyar; **İdari Usul ilkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Ankara, 2000.

ARZAK, Ali Ülkü ; **İdarenin Toplumsal Muhtara Kuramı'na Göre Kusursuz Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, İstanbul, 1980.

ATAY , Ethem, ODABAŞI, Hasan GÖKCAN, Hasan Tahsin; **Teori Ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu Ve Tazminat Davaları**, Ankara, 2003.

ATAY, Ethem, **İdare Hukuku**, Ankara, 2006.

AYRANCI, Hasan; **Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105)**, Ankara, 2006.

BARLAS, Nami; **Yeni Medeni Kanununda Aynî Teminata İlişkin Düzenlemeler, Ünal Takinalp'e Armağan**, 2. C, İstanbul ,2003 (Barlas, Aynî Teminat).

BAŞARANGİL, Nedim, **Türk İdare Hukukunda İdarenin Kusurlu Sorumluluk Halleri**, Diyarbakır, 2002.

BİLGEN, Mahmut; **İlmi ve Kazai İçtihatlar Işığında Faiz Hukuku Munzam Zarar ve İlgili Mevzuat**, İstanbul , 2001. (Bilgen, 2001).

BUZ, Vedat, “**Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı**”, Y.D., 1998, S. 3.

BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem; **Yeni Sosyo- Ekonomik, Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, İstanbul , 2007.

ÇAĞLAYAN, Ramazan; **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Bolu, 2007.

ÇALKAN, Fahri, TUĞŞAFUL, Muhsun; **Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları**, İstanbul, 1948.

DİKİC, Faik; **İdare Hukuku İdari Yargılama Usul Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, 2005.

DUEZ, Paul; **Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mesuliyeti**, Çev, İbrahim Senil Ankara, 1950.

DURAN, Lütfi; **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Ankara, 1980.

DURAN, Lütfi; **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Ankara, 1974.

EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara, 2006.

ESİN, Yavuz; **Danıştay da Açılacak Tazminat Davaları, I Usul, 2. Baskı, Ankara ,1979.**

FEYZİOĞLU, Feyzi; **Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, İstanbul ,1979.

GÖZLER, Kemal; **İdari Hukuku**, Cilt II, Bursa, 2003.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, DİNÇER, Güven; **İdari Yargılama Usulü**, Ankara, 1996.

GÖZÜBÜYÜK, Tan; **İdari Yargılama**, Ankara, 2003.

GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, Ankara 2002.

GÜNEŞ, Turan; **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara, 1965.

HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdülkadir; **Eşya Hukuku**, İstanbul, 1990.

KALABALIK, Halil; **İdari Yargılama Hukuku**, Ankara, 2003.

KANDEMİR, Hakan; **Terör Olaylarında İdarenin Sorumluluğu**, Erzurum, 1999.

KANETİ, Selim; **Özel Hukuk Alanında Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara, 12- 13, Mayıs 1979, İstanbul, 1980.

KANETİ, Süleyman; **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, İstanbul, 1964.

KARAHASAN, Mustafa Reşit; **Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat**, Ankara 2001.

KARATEPE, Şükrü; **İdare Hukuku**, İzmir, 1993.

KILIÇOĞLU, Ahmet; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara 2003.

KILIÇOĞLU, Mustafa; **Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri**, Ankara, 2000.

KUZU, Burhan; **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler**, İstanbul, 1985.

NEDİM, Mehmet; **Türk İdare Hukukunda İdarenin Kusurlu Sorumluluk Halleri**, 2002.

ODYAKMAZ, Zehra KAYMAK, Ümit ERCAN, İsmail; **Anayasa Hukuku İdare Hukuku**, Ankara, 2006.

ODYAKMAZ, Zehra; **Anayasa Hukuku İdare Hukuku İdari Yargı**, Ankara ,2005.

ONAR, Sıddık, Sami; **İdare Hukuku**, İstanbul, 1966. (ONAR, 1966).

ONAR, Sıddık, Sami; **İdare Hukukunda Umumi Esasları**, 3. C, 3. Baskı, İstanbul, 1960.

ÖCAL, Akar; **Munzam Zarar**, 3. C. 1967.

ÖZAY, İlhan; **Gün Işığında Yönetim II, Yargısal Koruma**, İstanbul, 2004.

ÖZDEMİR, Necdet; **Hizmet Kusuru Teorisi Ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara, 1963.

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

REİSOĞLU, Safa; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, İstanbul, 2002.

ŞİRİN, Şerafettin; **Hukukumuzda Faizi Aşan Munzam Zarar Ve Faiz**, İstanbul, 1996.

TANDOĞAN, Haluk; **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara, 1981.

TEKİNAY, S. Sülhi v.d., **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı İstanbul, 1993.

TEKİNAY, S. Sülhi, Tekinay; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 5. Baskı, İstanbul, 1985.

TUNCAY, Armağan; **İdarenin Sorumluluğunun ve Tam Yargı Davaları**, Ankara 1997.

TUNÇOMAĞ, Kenan; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, İstanbul, 1972.

ULUŞAN, İlhan; **Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi**, İstanbul, 1977.

YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul, 1985.

YAYLA, Yıldızhan; **Hukuk Devleti, İdare Hukuku ve Danıştay II, Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdare Yargısının Dünyada Bugünkü Yeri**, Ankara, 1993.

YENİCE, K/ ESİN; **Yavuz, İdari Yargılama Usulü**, Ankara, 1983.

ZAFER, Hamide; **Sosyolojik Boyutuyla Terörizm**, İstanbul, 1999.

II. MAKALELER

AKYILMAZ, Bahtiyar; “Sosyal Risk ve Uygulama Alanı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** , C.11, 2005.

ALTUĞ, Yılmaz; “Terörizm Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi** , C. 52, 1987.

AYDINALP, Sezai, “Devletin Askeri Manevra ve Atışlardan Doğan Zararlar Nedeniyle Hukuki Sorumluluğu”, **ABD 1993**, 50. Yıl.

BİLGİN, Pertev; **İdare Hukukuna Giriş**, İstanbul 1996.

ÇAĞLAR, Ali; “Terör ve Örgütlenme”, **AİD**, C. 30, 1997.

ÇELİKKOL, Selim; “İdarenin Objektif Sorumluluğu”, **İz. BD**, 1998..

DURAN, Lütfi **"Danıştay'ın 1979 Yılı Kararları Üzerine Kısa Mülâhazalar, C.13, Eylül 1980.**

DURAN, Lütfi; “İdari Aalanın Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları”, **İHFM**, C. 28, 1964. (DURAN, 1964).

ERGİL, Doğu, “Terörizm Mantığı ve Hedefi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 46, 1995.

İNAN, Ali; Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarından Devlet ve Diğer Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu, **Danıştay Dergisi**, Yı. 14, 1984.

KAPLAN, Gürsel; “Danıştay ve Askeri İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi”, **AÜHFD.**, Cilt: 55, Sayı: 2, Ankara, 2006.

KOCAOĞLU, Ahmet;” Ulusal ve Uluslararası Hukukta Terör ve Terörizm Nedir”, **THED**, Mart 1999.

ODYAKMAZ, Zehra; Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** , 2. C, (Haziran- Aralık 1998).

TOKGÖZ, Zeynelabidin; “İdarenin Sorumluluğu ve Sosyal Risk Nazariyesi”, **Batman Barosu Dergisi**, Eylül 2003.

TOPUZ, İbrahim ÖZKAYA, Kadri; Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, **Mahalli İdareler Derneği**, Ankara,2002.

ÜNAL, Mehmet, “Manevi Tazminat ve Kusurun Rolü”, **AÜHF**, C. 35, Sayı 1-4, Ankara 1981.

III. TEZLER

AYANOĞLU, Taner, “Danıştay Kararlarına Göre Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Uygulama Alanı”, Yüksek Lisans Tezi Yayınlanmamış, İstanbul,1994.

GÜRSEL, Kaplan; “Danıştay Kararları Çerçevesinde Tam Yargı Davalarında Zarar Kavramı”, Yüksek Lisans Tezi Yayınlanmamış, İstanbul, 1993.

OZANSOY, Cüneyt; “Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu”, Doktora Tezi Yayınlanmamış, Ankara ,1989.

ÖZDAĞ, Savaş; “Türk Hukukunda İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, Yüksek Lisans Tezi Yayınlanmamış, Ankara, 1990.

KÖSE,Gülşen; “Zarar”, Yüksek Lisans Tezi Yayınlanmamış, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1995.

ÖZET

WADOOD Selda İdarenin Sorumluluğunu Gerektiren Zarar Kavramı
Yüksek Lisans Tezi, 2009.

“İdarenin Sorumluluğunu Gerektiren Zarar Kavramı” nı inceleyen bu çalışma, giriş dışında üç bölümden oluşturmaktadır. Tezin kapsamı idarenin icra ettiği faaliyetlerden dolayı kişilerin uğradıkları zarar ve türleri ve sorumluluk sebepleri neden oluşmaktadır.

Girişte tez konusu ile ilgili genel bir bilgi verilmiştir. Çalışmamızın birinci bölümünde, idari sorumluluk kavramı ve dayanakları ele alınmıştır. Burada sözleşmeden doğan ve sözleşme dışı sorumluluk konuları ele alınmıştır. Sözleşme dışı sorumluluk türlerinden olan kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk konularına yer verilmiştir. Kusurlu sorumluluk ta hizmet kusuru ve kişisel kusur; kusursuz sorumlulukta risk ilkesi ve fedakarlığın denkleştirilmesi (kamu külfeti karşısında eşitlik ilkesi) konuları incelenmiştir. Ayrıca idarenin sorumluluğunu gerektiren şartlarda incelenmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, zararın tanımı, ve unsur incelenmiştir. Ayrıca zararın çeşitlerinden olan, doğrudan doğruya zarar-dolaylı zarar, fiil zarar, kazanç kaybı, normatif zarar, maddi zarar- manevi zarar, müspet zarar- menfi zarar, kişiye ilişkin zarar- mal ilişkin zararlar ele alınmıştır. Ayrıca idarenin özel hukuktan kaynaklanan zararları incelenmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise, zararı doğuran idari faaliyetlere göre zarar konusu yer almaktadır. İdari işlemde, idari işlemin uygulanması eyleminden, idarenin haksız fiilden ve idari sözleşmeden doğan zararlar incelenmiştir. Bunun yanından idarenin sorumluluğunu gerektiren zararın özellikleri de incelenmiştir. Bu bakımdan ortada bir zarar olmalı bu zarar gerçek, gerçekleşmiş, mutlak ve kesin olarak hesabı mümkün olan, hukuken korunan bir menfaata yönelik, parayla ölçülebilir, özel, anormal, ve zararın

kamu hukukunun uygulanması dolayısıyla meydana gelmiş olman konuları ele alınmıştır. Ayrıca zararın idare tarafından hesaplanması, mala ilişkin zararın hesaplanması ve kişiye ilişkin zararın hesaplanması konuları de çalışmamızda incelenmiştir.

Anahtar sözcükler

1. Zarar
2. Sorumluluk
3. İdare
4. Tazminat

ABSTRACT

WADOOD Selda, the Loss Concept that requires the responsibility of Administration, Post Graduate Thesis, Ankara 2009.

This study which examines at length “the Loss Concept that requires the responsibility of Administration”, except the introduction part, has been consisting of three parts.

The scope of thesis involves the reason of liability and the sorts of losses incurred by the persons stemming from the acts and actions exercised by the Administration.

In the introduction part, a general knowledge is given about the subject of thesis. Within the first part of our study, we dealt with the administrative liability concept and its bases. In this part, we also dealt with the topics regarding the liabilities which arise and do not arise from the contracts. We also dwelt on the topics of negligent and objective liabilities which are the sorts of liabilities not originating from the contracts. In regard with the negligent liability, we examined the subjects such as the negligence of performing services and personal delinquency and in regard with the objective liability, we examined the subjects such as the risk factor and to compensate the sacrifice (equality principle against the public encumbrance).

Furthermore, this examination was made in the light of conditions that required the liability of administration.

In the second part of our study, we examined the definition of loss and its factor. Furthermore, we dealt with the losses such as direct, indirect losses, *lucrum cessans*, normative losses, pecuniary damages, immaterial damages, positive and negative damages, loss in earnings, personal and property losses. In addition to these, we also examined the losses which born from the Private Law and incurred by the administration.

In the third part of this study, there takes place the subject of loss according to the administrative actions that give rise to the occurrence of loss.

We also examined the losses which incurred from the administrative action, act of enforcing the administrative action and finally those losses which are born from the administrative contract and wrong full act of administration. Besides, we also examined the characteristics of losses that require the liability of administration. Therefore, there must exist a loss in this regard and this loss must be true, absolute and certainly calculable and aimed at an interest which is legally protected and it must be assessable by money and have a special character and born from abnormal conditions and due to the enforcement of public law provisions. We dealt all on these issues. Furthermore, also in our study, we dealt with the issues such as the calculation of loss by the administration and also calculation of property losses and personal losses.

Key Words

1. Ddamage
2. Responsibility
3. Administration
4. Compensation.