

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA TÜRK İDARİ
YARGISININ MANEVİ TAZMİNATA YAKLAŞIMI**

TEZLİ YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hilal Tuğçe KILIÇ

Ankara, 2021

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA TÜRK İDARİ
YARGISININ MANEVİ TAZMİNATA YAKLAŞIMI

TEZLİ YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hilal Tuğçe KILIÇ

DANIŞMAN
Prof. Dr. Ali D. ULUSOY

Ankara, 2021

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA TÜRK İDARİ
YARGISININ MANEVİ TAZMİNATA YAKLAŞIMI**

Hilal Tuğçe KILIÇ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ali D. ULUSOY

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

1. Prof. Dr. Ali D. ULUSOY
2. Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK
3. Dr. Öğretim üyesi D. Çiğdem SEVER

Tez Savunması Tarihi: 21/06/2021

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Prof. Dr. Ali D. ULUSOY danışmanlığında hazırladığım “Danıştay Kararları Işığında Türk İdari Yargısının Manevi Tazminata Yaklaşımı (Ankara 2021)” adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim. (/ /2021)

Hilal Tuğçe KILIÇ

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	III
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MANEVİ ZARAR

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE HUKUKİ NİTELİK	6
A. Kavramsal Çerçeve.....	6
B. Manevi Zararın Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlar	11
1. Subjektif Görüş.....	11
2. Objektif Görüş	16
3. Karma Görüş	20
C. Manevi Zararın Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımların Değerlendirilmesi	23
II- MANEVİ ZARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ VE İSPATI	29
A. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişilerin Durumu	29
B. Tüzel Kişilerin Durumu.....	39
C. Manevi Zararın İspatı	43

İKİNCİ BÖLÜM

MANEVİ TAZMİNAT

I- MANEVİ ZARARIN KARŞILANMASI	47
A. Manevi Tazminat Kavramı.....	51
B. Tazmin Biçimlerinin Manevi Tazminat Yönünden Değerlendirilmesi	53
II- MANEVİ TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE FONKSİYONU.....	56
A. Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği	56
1. Özel Hukuk Cezası Görüşü	56
2. Özel Hukuk Yaptırımı Görüşü	59
3. Sui Generis Bir Kurum Olduğu Görüşü	59
B. Manevi Tazminatın Fonksiyonu	62
1. Cezalandırma Fonksiyonu	62
2. Tatmin Fonksiyonu.....	64
3. Denkleştirme Fonksiyonu.....	72

4. Önleme ve Caydırma Fonksiyonu	73
5. Telif (Giderim) Fonksiyonu	79
6. Sembol Görüşü	82
C. Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Fonksiyonuna İlişkin Yaklaşımların Değerlendirilmesi	85

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MANEVİ TAZMİNAT MİKTARINA ETKİ EDEN HUSUSLAR

I. İDARENİN SORUMLULUĞU VE MANEVİ TAZMİNAT	90
II. MANEVİ TAZMİNAT MİKTARINA ETKİ EDEN HUSUSLAR (MANEVİ TAZMİNATIN MİKTARININ BELİRLENMESİ)	97
A. Manevi Tazminatın Şartlarına İlişkin Hususlar	97
1. Kusurun Ağırılığı	97
a. Hizmet Kusuru	97
b. Müterafık Kusur	108
2. İlliyet Bağı	117
3. Zararın Ağırılığı	121
B. Zarar Görene İlişkin Hususlar	125
1. Zarar Görenin Ekonomik Durumu	126
2. Aynı Olay Nedeniyle Zarar Gören Lehine Hükmedilen Maddi Tazminat Miktarı	132

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MANEVİ TAZMİNATA İLİŞKİN ÖZEL HUSUSLAR (MİKTAR ARTIRIMI (ISLAH), DENKLEŞTİRME (MAHSUP), İNTİKAL)

I. MANEVİ TAZMİNATIN BÖLÜNMEZLİĞİ VE MİKTAR ARTIRIMI	137
II. DENKLEŞTİRME (MAHSUP)	148
III. MANEVİ TAZMİNAT HAKKININ DEVRİ VE MİRASÇILARA GEÇİŞİ	152
SONUÇ	162
KAYNAKÇA	165
ÖZET	175
ABSTRACT	176

KISALTMALAR

A.g.e.	: Adı geçen eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Akt.	: Aktaran
B.	: Başvuru
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
D. ... D.	: Danıştay Dairesi
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
E	: Esas Numarası
E.t.	: Erişim Tarihi
HD	: Hukuk Dairesi
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K	: Karar Numarası
Krş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
No	: Numara
Para.	: Paragraf
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
s.k.	: Sayılı karar, sayılı kararı
t.	: Tarihli
TBK	: Türk Borçlar Kanunu

UYAP : Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi

vb. : Ve benzeri

vd. : Ve devamı, ve diğerleri

Y. : Yıl

Yay. : Yayıncılık, yayınları, yayınevi

YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu



GİRİŞ

“... çünkü geçmişteki hiçbir şey geri kazanılmaz bir şekilde kaybedilmemiş, her şey geri dönülmez bir şekilde kaydedilmiştir.”¹

Manevi zararın, hukukun en eski ve en çok tartışılan kavramlarından olduğu gerçeği bir yana bırakılırsa, Türk sorumluluk hukuku bakımından bu zarar türünün, belki de kültürel ve toplumsal nedenlerle, özel bir yere konumlandırıldığı bilinmektedir. Bu zararın giderimi için ödenecek olan manevi tazminatın, mevzuat uyarınca, hem adli hem idari yargı yerlerinde hâkim/mahkeme tarafından takdir ediliyor oluşu onu; yargı önünde eşitlik, adalet ve hakkaniyet gibi hukuk devleti ilkeleri ile adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkı başta olmak üzere temel hak ve özgürlükler, yargıya güven, hukukun üstünlüğü gibi kavram ve kurumlarla yakından ilgili hale getirmektedir.

Farklı zamanlarda yapılan çeşitli sosyal araştırma sonuçları, ülkemizde yönetilenlerin yargıya güveninin ve yargı önünde eşitlik olduğuna inancının² yıllara göre

¹ FRANKL, Viktor E., **İnsanın Anlam Arayışı**, 63. Basım, Okuyan Us Yayınevi, İstanbul 2019, s. 135.

² Dünya Adalet Projesi (WJP) tarafından hazırlanan ve kamuoyuna sunulan **Hukukun Üstünlüğü Endeksi**nde (Rule of Law Index) Türkiye, 2017-2018 verilerine göre, bir önceki yıla kıyasla iki sıra daha gerileyerek, sistemdeki 113 ülke arasında, 101. sırada, 2018-2019 yılı verilerine göre 126 ülke arasında 109. sırada, 2020 verilerine göre ise 128 ülke arasında 107. sırada (birlikte değerlendirildiği Doğu Avrupa ve Orta Asya ülkeleri arasında Rusya Federasyonunu da “geride” bırakarak -önceki yıl da olduğu gibi- sonuncu sırada) yer almıştır. Detaylı bilgi için bkz. <https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index-2019>, https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2020-Online_0.pdf (E.t.:21.03.2021).

Ayrıca, ulusal ve uluslararası düzeyde çeşitli kurumlar, dernekler, vakıflar, araştırma platformları ve kamuoyu araştırma şirketleri tarafından bu konuda yapılmış çok sayıda araştırma bulunmaktadır. Bkz. krş. Adli hizmetlerden memnuniyet yönünden **Türkiye İstatistik Kurumu Yaşam Memnuniyeti Araştırması**, 2009-2020 yıllarına ilişkin veriler için bkz. <https://tuikweb.tuik.gov.tr/OncekiHBArama.do;jsessionid=L7lhgXhDdGk7G1QBp2BvgT1YSRM9BXnchpvLRcm4MdJp2sR9vsLW!-921531460> (E.t.:21.03.2021).

OECD’nin “**Government At A Glance 2015**” (Bir Bakışta Devlet 2015) çalışması için bkz. <http://www.oecd.org/gov/Turkey.pdf>, “**Government At A Glance 2019**” çalışması için bkz. <http://www.oecd.org/gov/gov-at-a-glance-2019-turkey.pdf>. **Dünya Değerler Araştırması** (World Values Survey-WVS) 2010-2014 dönemi 6. dalga Türkiye verileri için <http://www.worldvaluessurvey.org/WVSDocumentationWV6.jsp>, 2017-2020 dönemi 7. dalga Türkiye verileri için <http://www.worldvaluessurvey.org/WVSEventsShow.jsp?ID=413>. Ancak bu dönemi

farklılaşmakla birlikte, özellikle %50 ve altındaki oranlarla, bizce bir hukuk devletinde olması beklenilenden, düşük oranlarda seyrettiğini göstermektedir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması, kişilerin can ve mal güvenliğinin sağlanması, hukuki ve idari düzenlemelerin uygulanması konularında da³ benzer olumsuz tablonun var olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte ve buna rağmen; açılan dava sayısı, teknik tabiriyle yargının iş yükü -bir anlamda yönetilenlerin yargısal makamlara ve çözümlere, yargısal kararların sağlayacağı tatmine yönelik beklenti içinde olma durumu- her geçen gün artmaktadır⁴.

kapsayan ankete katılan kişilerin yaklaşık olarak %75'i "Adalet sistemine/Mahkemelere güven" başlığı altında yer alan, "Mahkemelere ne kadar güveniyorsunuz?" sorusuna "oldukça çok" ve "oldukça" yanıtını vermiştir (E.t.:05.10.2020).

Kadir Has Üniversitesi **Türkiye Sosyal-Siyasal Eğilimler Araştırması** sırayla 2013 ve 2018 verileri: <https://www.khas.edu.tr/sites/khas.edu.tr/files/inline-files/tssea-2013.pdf>, <https://www.khas.edu.tr/uploads/turkiye-sosyal-siyasal-egilimler-arastirmasi-2018.pdf>. Sosyal Demokrasi Vakfı **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Araştırma Raporu** <http://sodev.org.tr/yargi-bagimsizligi.pdf> (E.t.:14.06.2019). **Siyasi Gündem Araştırması** Kasım 2019 <https://orcarastirma.com.tr/wp-content/uploads/2019/11/KASIM-2019-S%C4%B0YAS%C4%B0-G%C3%9CNDEM-ARA%C5%9ETIRMASI.pdf> (E.t.:20.02.2020).

Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun 2017-2021 yıllarını kapsayan Stratejik Planında da; toplumun yargıya güveninin yeterli düzeyde olmadığı açıkça ifade edilmiş, ancak bu oran geçmişten günümüze yükseliş trendi içinde, 2019 yılında %55, 2018 yılında %45, 2017 yılında %35 olarak gösterilirken, 2017 yılından önceki döneme atfen 'mevcut durum' ifadesiyle %30 olarak gösterilmiş; 2021 yılı için %70 oranına ulaşma hedefi belirlenerek, vizyon ve misyon belirlemesinde "güvenilir yargı" kavramı önemle vurgulanmıştır. s. 61, 66, 76, 78. https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/stratejikplan/HSK_2017_2021_stratejik_plani_4/mobile/index.html (E.t.:22.06.2020).

Detaylı bilgi ve tartışma için ayrıca bkz. ÖRSELLİ, Erhan, **Türkiye'de Yargıya Güven**, Çizgi Kitabevi, İstanbul 2016; GÜLENER, Serdar, TÜRKÖLMEZ, İlknur Rabia "Yargı Kurumuna Güven" Yazını Üzerine Bir İnceleme", **Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi**, C. 4, S. 1, 2018, s. 49-59.

³ Yukarıda anılan Endeksin 2018-2019 yılı verilerine göre; Türkiye "Temel haklar" konusunda 122. (2020 verilerine göre 123.) , "Kamu düzeni ve güvenlik" konusunda 96. (2020 verilerine göre 77.), "Hukuki ve idari düzenlemelerin uygulanması" konusunda 106. (2020 verilerine göre 110.) sırada yer almıştır.

⁴ Adalet Bakanlığı, Yargıtay ve Danıştay tarafından yayımlanan istatistikler için bkz. krş. güncel UYAP verileri: <https://istatistikler.uyap.gov.tr/> ; <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi> ; 2010 yılı verileri <https://www.yargitay.gov.tr/documents/istatistikler/2010.pdf>; 2019 yılı verileri <https://www.yargitay.gov.tr/documents/istatistikler/2019.pdf>; 2020 yılı verileri <https://www.yargitay.gov.tr/documents/ek1-1613039646.pdf> ; 2012-2020 yıllarına ilişkin veriler için <https://www.danistay.gov.tr/icerik/15> (E.t.:21.03.2021); Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru İstatistikleri (Eylül 2012-Mart 2020) https://www.anayasa.gov.tr/media/6617/bb_istatistik-2012-2020-ilk_cayrek.pdf (E.t.:19.05.2020); https://www.anayasa.gov.tr/media/7192/bb_istatistik_2020-min.pdf (E.t.:21.03.2021); 31 Mart 2021'e kadar olan dönemi kapsayan istatistikler için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/7412/bb_istatistik_2021-1-yeni.pdf (E.t.:29.05.2021).

Manevi zararın tespit edilmesi ve karşılığında bu zararın giderimini sağlamaya uygun bir manevi tazminatın belirlenmesi, hem uygulamacılar hem de doktrin tarafından üzerinde çokça düşünülen, daha hakkaniyetli sonuçlara ulaşma arzusuyla çözüm önerileri üretilen, farklı bakış açılarıyla zenginleştirilen bir konu olmasına rağmen, hukukun doktrin ve uygulamaya yönelik işleniş biçimlerinde yeni koşullar ve sorunlar üretme özelliğini devam ettirmektedir. Nitekim çağın koşulları ve sorunlarına koşut biçimde hak ve özgürlükler alanı gibi idari işlev de sürekli yenilenmekte, şekillenmekte ve gelişmekte; böylece, bu durumun doğal sonucu olarak görülen⁵, hak ihlalleri hem nitelik hem nicelik olarak çeşitlenme eğilimi göstermektedir. Bu durum, hak ihlalleri sonucunda oluşan manevi zararların tazmini yönünden de; “Hukuk Devleti”nin gerçekleştirilmesi, hukukun üstünlüğünün tesis edilmesi için, öncelikle, yerleşik kabulleri ve uygulamaları sorgulama, ardından yeni çözümler üretme gerekliliğini beraberinde getirmekte ve buna elverişli bir alanın varlığını gün yüzüne çıkararak her daim güncel tutmaktadır.

Çalışmanın bütününde, başta bu gerçeklik göz önünde bulundurularak, idari yargıda manevi tazminat miktarını etkileyen unsurların neler olduğu ve bunların ne şekilde değerlendirilmesinin hakkaniyetli sonuçlar doğuracağı sorusunun yanıtlanması amacıyla yönelik olarak, idari işlem veya eylemden (ya da idarenin eylemsizliğinden) kaynaklı *manevi zararın tespit edilmesi ve karşılığında bu zararın giderimini sağlamaya uygun bir manevi tazminatın belirlenmesi* konusunda doktrinin sunduğu çalışmalar ve çözüm önerileri ile idari yargı mercilerinin -varsa- izlediği yöntemler karşılaştırılacak; daha çok, hukuk uygulamasında ortaya çıkan kurallar, kavramlar, ilkeler irdelenerek kategorize edilmeye, sistemli biçimde bir araya getirilmeye çalışılarak Türk İdari Yargısının manevi tazminata bakışı anlatılmaya çalışılacaktır. Bu anlamda manevi tazminat miktarına etki eden tüm unsurları kapsama iddiasında bulunmayan çalışmanın

⁵ OZANSOY, Cüneyt, **Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1989, s. 10.

nihai amacı ve hedefi, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde yeni bir yöntemin önerilmesi olmayıp; bu alandaki temel tartışma noktalarının ve sorunlu hususların tespit edilmesi, ayrıca uygulamanın yazılı olmayan kurallarının ortaya çıkarılmasıdır. Bu yolla, manevi tazminat miktarına etki eden kusurun ağırlığı, zararın ağırlığı gibi manevi tazminatın şartları ile ilgili temel unsurlar yanında bazıları zarar görene bazıları da usul kurallarına ilişkin özellikli bulunan çeşitli unsurlar ele alınacak ve miktarın nasıl belirlenmesi gerektiğine ilişkin olarak şekillenen çözüm önerileri detaylı biçimde tartışılacaktır.

Çalışma dört ana kısımdan oluşmaktadır. İlk kısımda, manevi zarar kavramı ve bu zarar türünün hukuki niteliğine ilişkin olarak ileri sürülen temel görüşler öz biçimde aktarılmış, bu yolla manevi zararın niteliği ve özellikleri irdelenmiş; ikinci kısımda, manevi zararın oluşumuna ve miktarına etki eden unsurların manevi zararın karşılanmasına yarayan manevi tazminatı nasıl etkilediği hususu manevi tazminatın hukuki niteliği ve fonksiyonuna ilişkin görüşlerle birlikte ele alınmış; üçüncü kısımda ideal bir hukuk düzeninde ve Hukuk Devletinde, devletin eylem ve işlemlerinden manevi zarara uğrayan bireylere bu zararlarının karşılığında manevi tazminat ödenmesi gereğinin İdare Hukuku çerçevesinde açıklanmasının ardından, gerek bu manevi tazminatı belirleyecek olan ilk derece yargı yerlerince gerekse takdir edilen manevi tazminat miktarının hukukilik denetimini yapacak olan İstinaf Mahkemeleri ve Danıştay tarafından verilen kararlardan hareketle, ilk iki kısımda ele alınan hususların idari yargı hâkimi/mahkemesince nasıl değerlendirildiği, diğer bir deyişle Türk İdari Yargısının bakış açısından hangi kriterlerin manevi tazminat miktarında artı veya eksi yönde belirleyici olduğu somut uyuşmazlıklar üzerinden açıklanmaya çalışılmıştır. Çalışmanın son kısmında ise, manevi tazminata yönelik miktar artırımı (ıslah), denkleştirme (mahsup), devir ve intikal gibi tazminatın miktarını etkilemesi açısından özel olarak değerlendirilmesi gereken durumlar yargı kararlarıyla örneklenerek açıklanmıştır.

Uygulamada manevi tazminata faiz yürütülmesi gerektiği konusunda içtihat birliğine varıldığından, davacıya ödenecek olan sonuç miktarı etkileyeceği açık olmakla birlikte başlangıç tarihine ilişkin tartışmalarla sınırlı kalan faiz meselesi, temel miktarı etkileyen meselelere yoğunlaşmak için, konu dışı bırakılmıştır.

Kararların seçiminde; en sık karşılaşılan durum, olay ve uyuşmazlıkların yansıtılması ve aydınlatılması amacıyla, kararın köklü içtihat değişikliklerini yahut yakın dönemde de olsa içtihat haline gelen hususları gösterme özelliği dikkate alınmış, ilgi çekici olması için sık görülmeyen uyuşmazlıklara, genel uygulamanın dışında *o olaya özgü olarak* verildiği değerlendirilen kararlara ağırlık vermemeye uğraşılmıştır. Karar metinlerinin birden fazla açıdan ele alınmasının gerektiği hallerde aynı kararın gerekli kısımları ilgisine göre vurgulanmıştır. Danıştay kararlarından, Danıştay Dergisinde yayımlanmış olanlara öncelik verilmiş, bunun mümkün olmadığı hallerde UYAP kapalı ortamından erişilen kararlardan yararlanılmıştır. Daha çok manevi zararın hukuki niteliğine ve manevi tazminatın işlevine ilişkin tartışmalarda başvuru Yargıtay kararlarının büyük çoğunluğu kurumsal internet sitesinde erişime açık hale getirildiğinden yalnızca kararın künyesi aktarılmıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular üzerine verdiği kararlar ile AİHM kararları, incelenen Danıştay kararlarına yansıdığı ölçüde çalışmada yer almıştır.

Öte yandan, okuma ve çalışma kolaylığı sağlamak açısından, atıf yapılan kanun maddelerinin tam metni dipnot kısmında yer almıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MANEVİ ZARAR

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE HUKUKİ NİTELİK

A. Kavramsal Çerçeve

Genel anlamda bir kişinin başka bir kişiye verdiği zararı giderme yükümlülüğünü ifade eden sorumluluğun⁶ ilk ve en temel şartı olan zarar; genel Türkçe sözlükte “bir şeyin, bir olayın yol açtığı çıkar kaybı veya olumsuz, kötü sonuç, dokunca, ziyan, mazarrat” olarak, zarar etme fiili de “maddi ve manevi bakımdan kayba uğramak” olarak tanımlanmış⁷ olup; bu haliyle dahi, zararın, kelime anlamı itibarıyla hem maddi hem de manevi değerlerin eksilmesini kapsayacak biçimde anlaşılması gerektiği söylenebilir. Bu bakış açısıyla zarar, “geniş anlamda zarar”⁸dır.

Türk hukukunda ve İsviçre hukukunda “zarar” denildiğinde öncelikle ve çoğunlukla maddi zararın anlaşıldığı⁹, buna karşılık Alman, Fransız ve Avusturya

⁶ DESCHENAUX, Henri, TERCIER, Pierre, **Sorumluluk Hukuku**, Çev. Salim ÖZDEMİR, Kadıoğlu Matbaası, Ankara 1983, s. 1; TERCIER, Pierre, PICHONNAZ, Pascal, DEVELİOĞLU, H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 569; ÖZGÜLDÜR, Serdar, “İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları”, ÖZAY, İl Han, **Gümüşğında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul Ekim 2004, s. 811; OZANSOY, 1989, s. 7.

⁷ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (E.t.:05.02.2020).

⁸ Hukuksal yazımda, birçok başka kavramda olduğu gibi, zarar kavramının da geniş anlamda ve dar anlamda kullanılması söz konusudur; “geniş anlamda zarar”, maddi ve manevi zararı birlikte içerirken; “dar anlamda zarar”, yalnızca maddi zararı işaret etmektedir (TANDOĞAN, Haluk, **Türk Mes’uliyet Hukuku : Akit dışı ve akdi Mes’uliyet**, 1961 yılı birinci basıdan tıpkı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 63).

⁹ Bkz. TUHR, Andreas Von, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım (Cilt 1-2)**, Çev. Cevat EDEGE, Olgaç Matbaası, Yargıtay Yayınları No. 15, Ankara 1983, s. 76, 104, 115; DESCHENAUX & TERCIER, 1983, s. 19-20; TERCIER, PICHONNAZ & DEVELİOĞLU, 2016, s. 381, 572; AKÜNAL, Teoman, “Uygulamada Denkleştirme Sorunu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu (Ankara, 15-16 Aralık 1978)**, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, İstanbul 1981, s. 163; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk ve ALTOP, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 548; Oftinger/Stark, Brehm-Berner Kommentar OR, Engel Akt. EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Yetkin, Ankara 2017, s. 543; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; TAN, Turgut, **İdare Hukuku (İdari Yargılama Hukuku)**, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Cilt 2, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 675-676; OZANSOY,

hukuklarında zararın her koşulda geniş anlamıyla kullanıldığı kabul edilmekteyse de¹⁰; günümüzde, maddi zararlar gibi manevi zararların da tazmini gerektiği tartışmasız biçimde kabul edilmiş olduğundan; doktrinde manevi zararı da içine alan “kişinin mal varlığında veya kişi varlığında¹¹ iradesi dışında gerçekleşen eksilme” şeklindeki geniş anlamıyla zarar tanımının benimsendiği görülmektedir¹².

Çalışmamızda bu tanım benimsenmekle birlikte, zararın türüyle ilgili karışıklığa yol açmamak için, yerleşik kullanıma uygun biçimde, zarar, maddi zarar veya manevi zarar olarak açık biçimde ifade edilecektir.

Danıştay’ın farklı Dairelerince verilen kararlarda¹³, zarar kavramının “bir hukuk süjesinin maddi ve manevi varlığında o süjenin isteği dışında ortaya çıkan kayıp ve eksiklikler”i ifade ettiği belirtilerek geniş anlamıyla açıklandığı görülmekte olup, bununla

1989, s. 33; ERGÜNE, Mehmet Serkan, **Olumsuz Zarar**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2007, s. 8; YAVUZ, Nihat, **Borçlar Hukuku El Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 224; YELBAŞI, Cengiz, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, Sim Matbaacılık, Ankara 2014, s. 753; ÖZCAN, Hüseyin, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1993, s. 894; SARSIKOĞLU, Şenel, “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65, S. 4, 2016, s. 2398.

¹⁰ EREN, 2017, s. 543; KESKİN, Ayşe Dilşad, **Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 48; ANTALYA, O. G., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1., Beta Basım A.Ş., İstanbul 2012, s. 449; ERGÜNE, 2007, s. 8. Bu durum; hukuki sorumluluğun Fransız Hukukunda en geniş anlamıyla zararın giderimiyle ilgili sözleşmeden kaynaklı ve sözleşme dışı yükümlülükleri kapsar biçimde değerlendirilirken; İsviçre Hukukunda yalnızca sözleşme dışı sorumluluğu ifade eder biçimde anlaşılmasına (Bkz. DESCHENAUX & TERCİER, 1983, s. 2) paralel gözükmemektedir.

¹¹ Kişi (şahıs) varlığı, kişiye hukukça tanınan ve yine hukukça korunan, maddi veya maddi nitelikte olmayan nitelikteki kişilik değerlerinin bütününe ifade etmektedir. Kişilik değerleri ise; hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, isim, resim, şeref, haysiyet, ticari itibar gibi değerlerden oluşmaktadır.

¹² DESCHENAUX & TERCİER, 1983, s. 14-15; Helmut Koziol, Karl Larenz akt. ve aynı yönde EREN, 2017, s. 543; SAYMEN, Ferit Hakkı, **Manevi Zarar ve Tazmini Sureti**, Doktora Tezi, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1940, s. 142; ESİN, Yüksel, **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları İkinci Kitap: Esas İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, Balkanoğlu Matbaacılık Ltd. Şti., Ankara 1973, s. 441; ÜNAL, Mehmet, “Manevî Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, **AÜHFD**, C. 35, S. 1, 1978, s. 399 ve 400; KANETİ, Selim, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (Ankara, 21-22 Ekim 1977)**, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 41; KARAHASAN, Mustafa Reşit, **Tazminat Hukuku - Manevi Tazminat**, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001, s. 46; AKYILMAZ, Bahtiyar, “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1-2 (Prof. Dr. Süleyman ARSLAN’a ARMAĞAN), 1998, s. 170; ANTALYA, 2012, s. 449; SARSIKOĞLU, 2016, s. 2393. Ayrıca; YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 839; YELBAŞI, 2014, s. 754.

¹³ D. 4. D. 05.03.2015 t. E:2012/2447; K:2015/684 s.k.; 28.03.2019 t. E:2015/8838; K:2019/2403 s.k.; D. 6. D. 02.05.2019 t. E:2016/6963; K:2019/3439 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:23.05.2020).

birlikte; uyumsuzluğun niteliğine göre, idarenin hukuki sorumluluğunun yalnızca maddi zararlar üzerinden tanımlandığı kararların ¹⁴ varlığı yalnızca dar anlamda zararın karşılanması gerektiği düşüncesine işaret etmemekte; bu sorumluluğun hem maddi hem manevi zararların tazminini kapsadığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. “İdarenin hukuki sorumluluğu kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile birey arasında, yönetilen konumunda olan birey zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı maddi zararlar yanında manevi zararların da idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle bireylerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesini, yine bu surette oluşan manevi zararların karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır¹⁵.”

Güncel mevzuatımızda zarar, zarar etme, zarara uğrama kavramlarına ilişkin tanımlara yer verilmemektedir. Zarar kavramının çok boyutluluğu, bir hukuk terimi olarak farklı zamanlarda farklı biçimlerde algılanmış ve algılanacak olma özelliği, bu bağlamda, kişilerin uğrayabileceği zararların çeşitlenme potansiyeli nedeniyle bu yöndeki bir girişimin kavramın hatalı biçimde sınırlandırılmasına yola açabileceği düşünülürse yasal bir tanımlamaya gerek bulunmadığı da söylenebilir.

Zarar, bir yandan hukuki inceleme ve değerlendirme bir yandan da ekonomik analiz ve hesaplamayı gerektirirken¹⁶ manevi zarara karşılık gelen bir manevi tazminatın

¹⁴ “İdarenin hukuki sorumluluğu kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur.” D. 8. D. 21.11.2017 t. E:2016/1958; K:2017/8258 s.k.; “... tazmin sorumluluğu gereğince ödenecek tazminat, idarenin belli bir eylem veya işleminden dolayı kişilerin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi önlemeye yöneliktir.” D. 10. D. 07.11.2012 t. E:2008/4183, K:2012/5503 s.k.. (UYAP kapalı ortamından E.t.:23.05.2020)

¹⁵ DİDDK 18.02.2016 t. E:2015/2933; K:2016/326 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:22.06.2020). Danıştay’ın istikrarlı biçimde takip ettiği bu içtihadın; kişilerin uğradığı zararın tazmini gereğini açıklamaya elverişli olmadığı düşüncesi için bkz. OZANSOY, 1989, s. 18 vd..

¹⁶ ERGÜNE, 2007, s. 4.

belirlenmesi “matematiksel bir olgu değil, hakimın, her olayda gerekirse bir sosyolog gerekirse bir ekonomist gibi davranmasını”¹⁷ zorunlu kılar. Kavramın kendinde mündemiç ikili yapısı gereği, temel olarak maddi zarar ve manevi zarar olarak ikiye ayrılan zarara ilişkin bu ayrım haksız fiilden etkilenen menfaatin niteliğindeki farklılığa dayanmaktadır. Mal varlığında meydana gelen zararlar maddi, şahıs varlığında meydana gelen zararlar manevi niteliktedir. Ancak, elbette şeref ve haysiyet gibi soyut bir varlığa müdahalede olduğu gibi bedensel bütünlük gibi somut ve maddi bir varlığa müdahale sonucunda da manevi zarar oluşabilir. Bunun dışındaki zarar türlerine bakıldığında değişik yönlerden çeşitli ayrımlar ve farklı adlandırmaların yapıldığı görülmektedir: haksız fiilin yöneldiği varlığın türüne göre; mal varlığı zararı-şahıs varlığı zararı, haksız fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı yönünden; doğrudan zarar- dolaylı zarar, zarara uğrayanın zararı doğuran olay karşısındaki konumlandırılışına göre; doğrudan doğruya uğranılan zarar- yansıma zarar, zararın zaman yönünden değerlendirilmesine göre; mevcut(doğmuş/kesin) zarar- müstakbel(doğacak) zarar - muhtemel zarar, zararın görünüm şekline göre; fiilî zarar-kazanç kaybı zararı/yoksun kalınan kâr...

Doktrinde, maddi zararın tanımlanması daha doğru bir deyişle neliği konusunda - terimin teknik ve iktisadi yönünün de bulunması nedeniyle olsa gerek- zararın hesaplanmasına yönelik teorik yaklaşımlardan¹⁸ bağımsız olarak düşünülürse, görüş birliği sağlanmış olduğu söylenebilir¹⁹. Çalışmamızın konusunu oluşturan manevi zarar

¹⁷ BAL, Özlem, “Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan II**, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 1257.

¹⁸ Fark (menfaat) teorisi, somut (tabiî) zarar teorisi gibi.

¹⁹ Türk, İsviçre ve Alman hukukundaki genel kabule göre, maddi zararın “hukuka aykırı bir müdahale sonucunda kişinin malvarlığında kendi iradesi dışında meydana gelen eksilme”yi ifade ettiği belirtilmektedir. Bkz. TEKİNAY vd., 1993, s. 548; EREN, 2017, s. 543; KESKİN, 2016, s. 64 ve 109; ANTALYA, 2012, s. 450; GÜRSOY, Kemal Tahir, “Manevi Zarar ve Tazmini”, **AÜHFD**, C. 30, S. 1, 1973, s. 7; ESİN, 1973, s. 441; AKYILMAZ, 1998, s. 171; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, “Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. 24, BK. 49)”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 144; GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara 2015, s. 383. Uygulamada da böyle gözükmektedir. “İdare hukuku ilkelerine göre maddi zarar, idari işlem veya eylem nedeniyle kişinin malvarlığında meydana gelen azalma veya elde edilmesi kesin olan gelirden yoksun kalma sonucu uğranan zarardır.” D. 10. D. 14.11.2018 t. E:2016/11985; K:2018/3492 s.k.; D. 8. D. 18.04.2019 t. E:2016/361; K:2019/2949 s.k.; D. 15. D. 19.01.2017 t. E:2014/415; K:2017/354

kavramı yönünden bakıldığında ise; manevi zararın hem neliği hem de hesaplama-belirleme yöntemi hususunda farklı yaklaşımlar geliştirilmiş bulunmaktadır. Bu açıdan; manevi zararın, bir kişinin kişi varlığını oluşturan hukuki değerlerin ihlali sebebiyle uğradığı objektif eksilme ve kayıplar²⁰; bir kimsenin kişilik değerlerinin hukuka aykırı biçimde ihlal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan zarar²¹; kişinin haysiyetine, vücut tamlığına veya yakınlarına karşı yönelen saldırılar nedeniyle duyduğu bedensel ve ruhsal acı ve üzüntüler²²; kişinin hukuka aykırı bir eylem sonucu acı ve elem içinde olması hali²³; kişilik haklarının ihlali nedeniyle kişinin iç dünyasında yaşadığı olumsuzluklar ve bunların sonucunda dış dünyadaki yaşamının olumsuz etkilenmesinden doğan zarar²⁴ gibi değişik şekillerde tanımlandığı; manevi zararın içkin soyut yapısının yine soyut kavramlarla somutlaştırılmaya çalışıldığı görülmektedir.

Bu tanımların birbiriyle ortak ve birbirinden ayrılan yönlerinin ve bu ayrışmanın sebeplerinin değerlendirilip tartışılmasından önce; çoğunlukla soyut değerlerle ve öznel psikolojik insani tepkilerle özdeşleştirilen, bu nedenle de hukukun bugünkü gelişmişlik düzeyine rağmen halen tereddütle yaklaşılın, hatta yüksek yargı mercilerince dahi sorun olarak nitelendirilen²⁵ manevi zarar kavramının, esasen neyi ifade ettiğinin ve niçin farklı şekillerde yorumlandığının anlaşılması için, belirsizlikten uzaklaştırılıp somutlaştırılması, böylece hukuki düzlemde tartışılmaya elverişli biçimde tanımlanarak

s.k.; D. 12. D. 26.11.2019 t. E:2016/2235; K:2019/9105 s.k.; D. 6. D. 13.06.2019 t. E:2016/1396; K:2019/5653 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:23.05.2020).

²⁰ EREN, 2017, s. 553.

²¹ KESKİN, 2016, s. 99.

²² GÜNDAY, 2015, s. 383.

²³ NOMER, Haluk N., “Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Mümkün müdür?”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 58, S. 1-2, 2000, s. 224.

²⁴ ANTALYA, O. G., **Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması**, Legal Yay., İstanbul 2017, s. 6.

²⁵ “Manevî zarar sorunu, zararın değerlendirilmesi ve giderilmesi yönlerinden özelliği ve büyük güçlükleri olan bir sorundur.” AYM 11.02.1969 t. E: 1968/33; K:1969/12 sayılı kararından (02.07.1969 tarihli ve 13238 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.).

hukukla kavranması gerektiğinden öncelikle hukuki niteliğinin belirlenmesi zorunluluk arz etmektedir.

B. Manevi Zararın Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlar

Manevi zararın ne şekilde anlamlandırılması gerektiği düşüncesi onun hukuki niteliğinin ne şekilde değerlendirildiğine bağlı olarak değişmektedir. Manevi zararın hukuki niteliğine²⁶ ilişkin yaklaşımlar genellikle şu şekilde gruplandırılmaktadır; Subjektif görüş, objektif görüş ve karma görüş.

1. Subjektif Görüş

Subjektif manevi zarar teorisine göre, kişilik değerlerine yapılan hukuka aykırı müdahale sonrasında kişide acı, üzüntü, keder, yaşama sevincinin azalması²⁷ gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkan duygu zararı veya duygusal zarar manevi zarar olarak ifade edilir²⁸. Maddi zarar zarara uğrayanın malvarlığındaki eksilmeyi ifade ederken, manevi

²⁶ Kocayusufpaşaoğlu, hukuki nitelendirmeyi; manevi zararı, *kişilik haklarına saldırının karşı tarafın kişiliği üzerindeki etkisi* olarak tanımladıktan sonra, bu etkiden ne anlaşılması gerektiği tartışması olarak somutlaştırmaktadır. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1980, s. 144.

²⁷ Hemen belirtelim ki, kişinin iç dünyasında gerçekleştiği varsayılan ve dış dünyaya farklı biçimlerde yansıyan bu hisler insan doğasının ve duygularının derinliği, karmaşıklığı ve çok yönlülüğü sebebiyle hukuka aykırı bir fiilin yol açtığı fiziksel veya ruhsal acı, üzüntü, keder, elem, ızdırap, yas, yaşama isteğinin, zevkinin ve sevincinin kaybı, ruhsal dengenin bozulması, yıpranma, öfke, utanç, sıkıntı, rahatsızlık, eziklik duygusu, hayal kırıklığı, haksızlığa uğramışlık hissi, isteksizlik, bezginlik, hareket kabiliyetinin kısıtlanması, kendini geliştirme arzusunun körelmesi veya engellenmesi gibi belki de sonsuz biçimde türetililebilecektir. Çalışmamızda her seferinde bu uzun tekrarın yerine, en sık kullanılan acı, üzüntü ve keder ifadeleri tercih edilerek bunlar, hepsine gönderme yapar biçimde kullanılmıştır.

²⁸ Peter Jaggi; *Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persöhnlichkeit*, ZSR 79 (1960), s. 186a, N. 96; Andreas Von Tuhr/ Hans Peter; *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zürich 1974, s. 126; Karl Oftinger/ W. Emil Stark; *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Erster Bd., Allgemeiner Teil, Zürich 1995, s. 423; Urs Winter; *Die Wiedergutmachung immaterieller Beeinträchtigung bei Körperverletzung und Tötung*, Diss., Zürich 1975 s. 118; Heinz Rey; *Ausservvertragliches Haftpflichtrecht*, Zürich 1995, s. 88. akt. KIRCA, Çiğdem, “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, *Yargıtay Dergisi*, C. 25, S. 3, Temmuz 1999, s. 244; KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 300 ve 439; GÖKCAN, Hasan Tahsin, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, Seçkin Yay., Ankara 2016, s. 56; FRANKO, Nisim İ., **Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini**, Doruk Kitap ve Yayınevi, Ankara 1973, s. 142; SAYMEN, 1940, s. 16; ÜNAL, 1978, s. 399; NOMER, 2000, s. 224; GÜRSOY, 1973, s. 8; GENÇ ARIDEMİR, Arzu, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, On İki Levha Yay., İstanbul 2008, s. 184; Engel; *Traite des Obligations en Droit Suisse*, Neuchatel, 1973, s. 353; Schumacher, Robert, *Die Presseausserung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse: insbeseondere ihre Wiederrechtlichkeit*, Freiburg 1960, s. 16, 201 akt. ve aynı yönde KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1980, s. 145; TEKİNAY vd., 1993, s. 655; ERTAŞ, Şeref, “Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti”, **Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan**,

zarar zarara uğrayanın psikolojik varlığındaki eksilmeyi ifade etmektedir²⁹. Manevi zarar duygulara verilen bir zarardır³⁰ ve bu zarara uğrayan kişi, sosyal ve ruhsal bakımdan kişiliğinden bazı tinsel değerler yitirerek fiziksel ve moral sarsıntılar geçirmiş demektir³¹. Bu haliyle manevi zarar, kişinin duygularını etkileyen bir zarardır³².

Burada subjektif unsur, zarara uğrayanın kişilik değerlerinde oluşan eksilmeyi manen algılaması, diğer bir deyişle kişilik değerlerinde oluşan eksilmenin kişi üzerinde ruhsal ve psikolojik bakımdan oluşan yansımasıdır. Dolayısıyla, hukuka aykırı bir eylem ve işlemi takip eden kişilik hakkının ihlale uğraması aşamasını kişinin maneviyatı üzerinde gerçekleşmesi gereken ve beklenen *olumsuz sonuç aşaması*³³ izlemektedir.

Kavramı subjektif bakış açısıyla açıklamaya çalışanlara göre; manevi zararın bu psikolojik yönü, zarar görenin zararı duyma yeteneğinin³⁴ dikkate alınmasını zorunlu kılar. Öyle ki, zarar görenin zararı hissetme gücünü temsil eden öznel etkinin manevi zararın belirleyici unsuru kabul edilmesi, hukuk düzeninde duyma yeteneğine sahip olmadığı kabul edilen ayırt etme gücünden yoksun kişiler ve tüzel kişilerin manevi zarara uğramalarının söz konusu olmadığı düşüncesini beraberinde getirmiştir³⁵.

Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1990, s. 65; TERCIER, PICHONNAZ & DEVELİOĞLU, 2016, s. 383, 572.

²⁹ TEKİNAY vd., 1993, s. 665.

³⁰ DELCROS, Xavier, **Fransa ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu**, Çev. Turgut CANDAN, Danıştay Başkanlığı yayını, Ankara 1984, s. 105.

³¹ ÜNAL, 1978, s. 400; TEKİNAY vd., 1993, s. 666.

³² ATAY, Ender Ethem, ODABAŞI, Hasan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2010, s. 191.

³³ ANTALYA, 2017, s. 15; Jürg Koller, Genugtuung aus Vertragsverletzung, Buchhandlung Zürich, Schulthess Juristische Medien, AG, 2003, N. 48. Akt. ANTALYA, O. G., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Marmara Hukuk Yorumu**, Cilt V/1,2, Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 214; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1980, s. 144.

³⁴ KIRCA, 1999, s. 257. Duyma yeteneği kavramına karşılık olarak Fransız hukukunda; duygulanım, hissetme gücü olarak Türkçeleştirilebilecek olan “réceptivité” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. SAYMEN, 1940, s. 183; FRANKO, 1973, s. 142.

³⁵ Hans Merz; *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. 6. Obligationenrecht, Allgemeiner Teil. Teilbd. 1, Basel und Frankfurt 1984 s. 240-241; René Schaffhauser/ Jakob Zellweger; *Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrecht*, Bd. II: Hafpflicht und Versicherung, Bern 1988 N. 1430; Franz Riklin; *Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischem Privatrecht*, Freiburg 1968 s. 385. Akt. KIRCA, 1999, s. 259; FRANKO, 1973, s. 190; OĞUZMAN,

Bu yaklaşım; kişinin iç dünyasında doğan ve gelişen, somut ve standart bir dışavurum şekli olmayan veya dışavurum şekli kişiden kişiye değişen, varlığı denetlenemeyen, tam ve kesin olarak ölçülmesi mümkün olmayan duygu zararını merkezine alması, bunun da yeni belirsizliklere ve eşitsizliğe³⁶ yol açacağı; ayrıca doğası gereği hissiyata sahip olmadığı kabul edilen tüzel kişiler veya manevi bir zarara uğradığının ayırdına varamayacağı kabulünden hareketle ayırt etme gücünden yoksun kişilerin manevi zarara uğradığının kabul edilmemesine, dolayısıyla bu kişiler yönünden hukuki koruma sağlanmamasına³⁷ yol açacağı ileri sürülerek³⁸ eleştirilmektedir.

Bu eleştirilere karşılık olarak, subjektif görüşün çeşitli yönlerden esnetilmesi söz konusu olmuş; örneğe hukuka aykırılığın öznel etki doğurmadığı veya doğurmasının - hukuki kabule göre- mümkün olmadığı durumlar için zararın doğmasına daha esnek bir yorum getirilmiştir. Buna göre, hissetme yeteneği bulunmayan kişilerde manevi zarar olduğundan bahsedilemeyecek ise de; bu kişilerden, hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği anda ayırt etme gücü olmamakla birlikte, sonradan iyileşme ihtimali olanların

Kemal, “İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan (1925-1988)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Ankara 1990, s. 40; KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat, “Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi?”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 1983, s. 293-294; ZEN-RUFFİNEN, Piermarco, “İsviçre Sorumluluk Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Manevi Tazminat Konusunda Yeni Gelişmeler”, Çev. Haluk BURCUOĞLU, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 59, S. (4-5), 1985, s. 367.

³⁶ Egon Lorenz, Immaterieller Schaden und “billige Entschädigung in Geld”: Eine Untersuchung auf der Grundlage des Paragraphen 847 BGB, Berlin 1981, s. 52 vd. akt. KESKİN, 2016, s. 101 vd.; ayrıca Bydlinski, Strasser, Mertens, Schwerdtner akt. ve aynı yönde SEROZAN, Rona, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan (1925-1988)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Ankara 1990, s. 82; EREN, 2017, s. 555 vd.; KIRCA, 1999, s. 257.

³⁷ EREN, 2017, s. 557; KIRCA, 1999, s. 259; SEROZAN, Yaklaşım, 1990, s. 77 ve 84; Kocayusufpaşaoğlu, doktrinde ve uygulamada tüzel kişilerin manevi tazminat talebinde bulunabileceklerinin kabul edildiğini belirtmekle yetinirken, katı subjektif görüşle uyumlu biçimde, aksi yönde düşüncenin benimsenmesinin de kişilik hakkını korumaya yönelik diğer davaların varlığı nedeniyle tüzel kişiler bakımından sakıncalı olmadığını düşünmektedir. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1980, s. 150.

³⁸ Subjektif görüşün başka birçok yönden eleştirisi, detaylı bilgi ve tartışma için bkz. KIRCA, 1999, s. 256 vd.; KESKİN, 2016, s. 101 vd.; Egon Lorenz, a.g.e. s. 32 vd. akt. EREN, 2017, s. 554-555; KIRAC, Esma, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Ağır Bedensel Zarar Halinde Yakınların Uğradığı Manevi Zararın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 82, S. 2, Mayıs 2017, s. 17.

iyileştiklerinde ve yaşı küçüklerin yetişkinliğe eriştiklerinde acı, üzüntü ve keder hissetmesi mümkün ve beklenir olduğundan, diğer bir ifadeyle öznel etkinin sonradan doğmasının söz konusu olabileceği hallerde, manevi tazminat talep edilebileceği düşüncesi Yargıtay³⁹ ve Danıştay'ın⁴⁰ eski tarihli kararlarında olduğu gibi öğretide de destek bulmuştur⁴¹.

Esasen, subjektif görüş açısından bu kişilerin ne şekilde tazminat talebinde bulunacağı da tartışmalıdır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişi manevi zarara uğramayacağından manevi tazminat talebi kabul edilemez; manevi tazminat talep hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak görüldüğünden bu kişiler adına kanuni temsilcilerince de kullanılamaz. Bunların kişilik hakları ancak diğer hukuki yollar vasıtasıyla korunur⁴².

³⁹ Yargıtay 4. HD 23.09.1966 t. E:6734, K:4349 s.k. akt. KARAHASAN, 2001; 10. HD 27.10.1977 t. E:1341, K:6711 s.k. akt. KESKİN, 2016, s. 255; 4. HD 05.03.1979 t. E:9773; K:2900 s.k. akt. TEKİNAY vd., 1993, s. 661. Yargıtay'ın aynı yöndeki kararları için Bkz. GENÇ ARIDEMİR, 2008, s. 195, Dipnot 633.

⁴⁰ Davacının velayeti altındaki diğer davacı kız çocuğunun köyde hayvan otlatırken TEDAŞ'a ait elektrik direğinden sarkan elektrik teline çarpması sonucu yaralanması ve sağ kolunun dirsekten kopması nedeniyle maruz kalınan maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesinin *davacı küçüğün cinsiyeti, yaşının küçük olması nedeniyle geçirilen kazanın fiziksel gelişimine etkisi, vücudundaki yanık izlerinin ruh sağlığına olumsuz etkisi, davacının kolunun kopması sonucu görünüşünün gelecekteki sosyal ilişkilerinde yaratacağı olumsuzlukların da davacının uğradığı zarar olarak değerlendirilmesi gerektiği* gerekçesiyle davanın kabulü, davacıların her biri için ayrı ayrı manevi tazminat ödenmesi yolundaki kararı, *davacıların uğradığı manevi acı ve davacılarından küçüğün uğradığı cismani acının az da olsa karşılanabilmesi için manevi tazminat ödenmesine hükmedilmesinde hukuka aykırılık görülmediği* gerekçesiyle onanmıştır (D. 10. D. 13.05.1998 t. E:1996/9531;K:1998/1976 s.k.) (UYAP kapalı ortamından E.t.:05.12.2020).

⁴¹ TEKİNAY vd., 1993, s. 661, 668; FRANKO, 1973, s. 143, 177, 181. Franko ayrıca, bu durumun aslında, ölüm gibi, geride kalanlar için zararın süreklilik arz ettiği hallerde söz konusu olacağını, şeref ve haysiyete tecavüz gibi zararın sürekli olmadığı durumlara uyarlanamayacağını, sırf insan haysiyetinin saygıdeğer olması nedeniyle bu kişilerce tazminat talebinde bulunulabileceği fikrinin de doğru olmadığını söylemekte ise de; bugün, teknolojik gelişmeler nedeniyle gerek kişilik haklarına saldırının ila nihaye kayıt altında ve erişilebilir olmasının mümkün olması gerekse insani değerlerin saygınlığı nedeniyle bu düşüncenin kabulü mümkün gözükmemektedir. Yalnızca küçükler yönünden SAYMEN, 1940, s. 183.

⁴² Hem ayırt etme gücünden yoksun kişiler hem de tüzel kişiler yönünden aynı görüşte olan; FRANKO, 1973, s. 177, 190; KILIÇOĞLU, A. M., 1983, s. 294; KOCAYUSUFPASAOĞLU, 1980, s. 149; kişilik haklarına hukuka aykırı müdahale sonucunda ayırt etme gücünü kaybedenler yönünden bunların yasal temsilcileri tarafından manevi tazminat talebinde bulunulabileceği, ancak bu düşüncenin de artık ayırt etme gücünden yoksun halde bulunan zarar gören yönünden manevi tazminatın amacına ulaşmayacağı ileri sürülerek eleştirilmeye açık olduğu düşüncesiyle OĞUZMAN, 1990, s. 40.

Subjektif görüşün katı biçimde savunulmasındansa, hukuki korumadan yoksun bırakılmamaları için, bu kişiler lehine kanuni temsilcilerince manevi tazminat talebinde bulunulabileceğinin, bu durum subjektif görüşün manevi tazminat talebini kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak görmesiyle bağdaşmasa da, hakkaniyet gereği kabul edilmesi gerektiğini savunanlar da olmuştur⁴³.

Danıştay'ın farklı daireleri tarafından verilen kararlar incelendiğinde, geçmişten beri istikrarlı biçimde, manevi zararın acı ve üzüntü gibi öznel sonuçlar üzerinden açıklandığı; manevi tazminat tanımlanırken de subjektif manevi zarar teorisinden yararlanıldığı görülmektedir. Buna göre; *“Manevi zarar, kişinin fizik yapısının ve iç huzurunun bozulmasını, yaşama gücünün ve sevincinin azalmasını, kişilik haklarının zedelenmesini, şeref ve haysiyetinin rencide edilmesini, duyulan acı ve ızdırabı, kişinin günlük yaşamını zorlaştıran her türlü üzüntü ve sıkıntıyı ifade etmekte, fiziki veya manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevinci azalan kişinin manevi yönden zarara uğramış olduğu kabul edilmektedir.”*⁴⁴

*“Manevi zarar kişinin şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme olup; kişinin kendisinin veya yakınlarının şan, şeref, kişilik hakları ve vücut bütünlüğüne yönelik eylem ve işlemler nedeniyle duyduğu derin ruhsal ve bedensel acı, üzüntü olarak tanımlanmaktadır.”*⁴⁵

⁴³ TANDOĞAN, 2010, s. 334; GÜRSOY, 1973, s. 32; ERTAŞ, 1990, s. 89-90; SAYMEN, 1940, s. 215-216. Saymen, bu kişilerin uğradığı manevi zararın nasıl belirleneceği hususuna da açıklık getirmektedir. Şöyle ki, ilgilinin kanuni temsilcisi zarar verenin kusurunun ağırlığı, zarar görenin durumu gibi hususları gözетerek zararı objektif olarak belirleyecek, buna göre talepte bulunacaktır. Böylelikle bu kişiler adına kanuni temsilcilerinin talepte bulunacağını da kabul etmiş bulunmaktadır.

⁴⁴ D. 10. D. 20.01.2016 t. E:2015/4862; K:2016/290 s.k.; D. 10. D. 23.12.2019 t. E:2019/3006; K:2019/10750 s.k. ; DİDDK 09.09.2019 t. E:2018/3628; K:2019/3629 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:23.05.2020).

⁴⁵ D. 5. D. 02.10.2018 t. E: 2016/16425; K: 2018/15974 s.k., https://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/30_10_2020_014112.pdf (E.t.:23.05.2020). Aynı ifadeleri içeren diğer pek çok karardan bazıları; D. 8. D. 28.01.2018 t. E:2017/937; K:2018/352 s.k.; D. 8. D. 27.12.2019 t. E:2019/996; K:2019/12964 s.k.. Aynı yönde bkz. D. 13. D. 19.12.2018 t. E:2012/3988; K:2018/4180 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:23.05.2020)

“Manevi tazminat; patrimonuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik olmayıp, kişinin manevi değerlerinde meydana gelen eksilme ile duyulan acı, üzüntü ve sarsıntının bir miktar parayla kısmen de olsa hafifletilmesini sağlamak amacıyla yönelik bir manevi tatmin aracıdır.”⁴⁶

2. Objektif Görüş

Objektif manevi zarar teorisine göre; kişilik değerlerine yapılan hukuka aykırı müdahale bu değerler üzerinde objektif bir eksilme oluşturur; kişilik değerlerinin uğradığı bu objektif eksilmenin de manevi zarar oluşturduğu kabul edilir⁴⁷. “Manevi zarar kişiden bağımsız olarak değerlendirilmelidir.”⁴⁸. Dolayısıyla; hukukça korunan kişisel değerler⁴⁹ bütününe ifade eden şahıs varlığının haksız biçimde saldırıya uğramasıyla oluşan zarara

⁴⁶ D. 10. D. 27.03.2002 t. E:2000/4028; K:2002/856 s.k.. Aynı yönde bkz. D. 10. D. 13.11.2019 t. E:2019/6162; K:2019/7765 s.k.; D. 12. D. 06.11.2019 t. E:2016/10933; K:2019/8351 s.k.; D. 8. D. 05.07.2019 t. E:2016/4950; K:2019/6666 s.k. ve D. 15. D. 27.12.2018 t. E:2014/2542; K:2018/8537 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:23.05.2020).

⁴⁷ Egon Lorenz, a.g.e. s. 51; Nils Jansen/ Lukas Rademacher, “Punitive Damages in Germany”, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Editors: Helmut Koziol/ Venessa Wilcox, Wien 2009, s.78; Hans Stoll; Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden, Gutachten für den 45. deutschen Juristentag, München und Berlin, 1964, s.128 akt. KESKİN, a.g.e., s.103-104. Ayrıca Karl Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allg. Teil, 4. A., Zurich 1975; akt. EREN, 2017, s. 554; Ayrıca Hardy Landolt, Zürcher Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zweite Lieferung, Art 47/49, N.104, Zürich 2007; Roland Brehm, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR., N.40, Bern 2013; akt. ANTALYA, 2017, s. 22; KIRCA, 1999, s. 253; SEROZAN, Yaklaşım, 1990, s. 83; “Bu (objektif) görüş, kişilik haklarının ihlalinin, ihlale uğrayan kişinin ruhsal varlığı üzerindeki etkisini bir kenara bırakmaktadır.” (TEKİNAY vd., 1993, s. 665); GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Gürsel Kaplan’ın Katkılarıyla Güncellenmiş 3. Baskı, Cilt 2, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019, s. 1302.

⁴⁸ ANTALYA, 2017, s. 17; ANTALYA, 2019, s. 216. Objektif teoriye göre kişilik haklarının ihlalinin kişi üzerindeki subjektif etkilerinin göz ardı edilmesi gerektiği savunulmaktaysa da, zarar görenin duygu durumunun tazminat miktarı belirlenirken hâkim tarafından hakkaniyet gereği göz önünde bulundurulması gerektiği hakkında bkz. ARIKAN, Şafak, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Zararlarda Manevi Tazminat**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 31.

⁴⁹ “Koruma altına alınan bu değerlerin kapsamına, kişinin bedensel varlığında temellenen kişisel değerleri (hayat, vücut, bedensel ve ruhsal sağlık gibi) ve toplum içindeki yerine ve etkinliğine ilişkin dış değerleri (şeref, haysiyet, saygınlık, ekonomik hareket serbestliği, ad, onur, gizli ve özel hayat alanı gibi), kısaca kişinin kişi olması dolayısıyla ayrılmaz bir biçimde sahip olduğu bütün değerler dâhildir (ÖZSUNAY Ergun, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 4. B., İstanbul 1979, s. 97; SEROZAN Rona, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi (Kişilik Hakkının Korunması)*, Y. 11, S. 14, 1977, s. 93) Bu çerçevede kişilik hakkı, kişi kavramını da içinde barındıran kişinin kişi olmasından ötürü sahip olduğu, hak ve fiil ehliyeti ile hukuk düzeninin korunmaya değer bulunduğu maddi ve manevi kişisel değerler üzerindeki mutlak haktır.” YHGK 22.01.2016 t. E:2014/213; K:2016/70 sayılı kararından.

objektif bakış açısıyla yaklaşılması, öznel olumsuz sonuç aşamasının gerçekleşmesi aranmaksızın, objektif unsurun başlı başına manevi zararın varlığını göstermeye ehliyetli görülmesi söz konusudur.

Burada objektif unsur, zarar görenin, gerçek kişiler için vücut bütünlüğü, yaşama hakkı, şan ve şeref; tüzel kişiler için isim, unvan, ticari itibar gibi kişilik değerlerinden birinin hukuka aykırı müdahaleye maruz kalmasını ifade eder⁵⁰. Kişilik değerlerinde objektif eksilme oluşmuşsa manevi zarar oluşmuştur; zarar görenin bu eksilme nedeniyle acı, üzüntü ve keder duyup duymadığı, diğer bir deyişle subjektif unsurun bulunup bulunmadığı önemli olmaksızın manevi zararın doğduğu ve dolayısıyla tazmini gerektiği kabul edilir⁵¹. Duyguların varlığının ve boyutunun, kesin olarak bilinmesi veya ölçülmesi mümkün olmayan şeylerden olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle de, objektif görüşü savunanlara göre, manevi zararın karşılanmasına dayanak ve ölçü alınmaları yanıltıcı sonuçlar doğurur; kişi varlığındaki nesnel eksilme, öznel unsurlar dışta bırakılarak manevi zarar şeklinde kendini gösterir ve “dış ihlal zararı” olarak nitelenir⁵².

Doktrinde objektif görüşe yakın olan *Eren*; zarar görenin kişilik haklarındaki objektif eksilmenin onun manevi dengesini bozarak ruhsal bütünlüğünde ayrıca bir eksilmeye yol açabileceğini, dolayısıyla kişilik hakkının ihlalinin zarar görende birden çok münferit manevi zarar ortaya çıkarabileceğini, bu eksilmelerin tümünün toplam manevi zararı oluşturacağını, hâkimin manevi zararı belirlerken, maddi zararın

⁵⁰ EREN, 2017, s. 554.

⁵¹ KIRCA, 1999, s. 253; KESKİN, 2016, s. 103; ANTALYA, 2017, s. 17; ARAT, Ayşe, “6098 Sayılı Borçlar Kanunu m. 58’e Göre Manevî Tazminatın Belirlenmesine, 818 Sayılı Borçlar Kanunu m. 49/II’nin Kaldırılmasının Etkisi”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 3-4, 2013, s. 188. Doktrinde, kişilik haklarının ihlali nedeniyle kişinin yaşadığı acı ve üzüntülerin, manevi zararın “ağırlaştırıcı unsuru” olarak kabul edilmesi gerektiğini savunanlar da olmuştur. Bu düşüncenin objektif görüşü karma görüşe yaklaştırdığı söylenebilir. Bkz. Oftinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bd. I, Allg. Tei1, 4. A., Zurich 1975, s. 290’dan akt. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1980, s. 145.

⁵² KESKİN, 2016, s. 104.

hesaplanmasında olduğu gibi, zarar kalemlerini ayrı ayrı hesaplayarak sonuç manevi zarara ulaşması gerektiğini savunmaktadır⁵³.

İdari uyuşmazlıklar yönünden de *Sarsıkoğlu*, idarenin, kamu yararına hareket etmekle yükümlü olması nedeniyle, zarar doğurucu nitelikteki hukuka aykırı eylem veya işleminin kişinin şahıs varlığına yönelmiş bulunmasının idareyi zarardan sorumlu tutmak için yeterli olduğunu, subjektif unsurların aranmaması gerektiğini savunarak objektif görüşe yakın durmaktadır⁵⁴.

Objektif görüş, ayırt etme gücü olmayan kişilerin ve tüzel kişilerin manevi zarara uğrayabileceklerini kabul etmekte⁵⁵; bu zarara karşılık olarak manevi tazminat isteme hakkını da bir alacak hakkı gibi değerlendirerek; bu kişiler adına kanuni temsilcilerince manevi tazminat talebinde bulunulabileceği sonucuna ulaşmaktadır⁵⁶.

Bu teori, haksız fiilin unsurlarından olan hukuka aykırılık sonucu kişilik hakkının ihlali ile zarar kavramlarının birbirine indirgenmesine veya birbirinden ayırt edilmesinin zorlaşmasına⁵⁷ yol açacağı, gerçek kişinin manevi boyutunun yani insani duyguların değersizleştirilmesine⁵⁸ yol açacağı yönlerinden eleştirilmiştir.

Yargıtay'ın manevi zararın subjektif yaklaşımla tanımlandığı; bu zararın, kişilik haklarının ihlal edilmesi sonucu ilgilinin duyduğu *cismani ve manevi acı ve ızdırabı, elemi* ve böylece *yaşama zevkinde bir azalmayı* ifade ettiği yolunda kararları bulunmakla

⁵³ EREN, 2017, s. 556-557.

⁵⁴ SARSIKOĞLU, 2016, s. 2396.

⁵⁵ EREN, 2017, s. 809; KESKİN, 2016, s. 256 ve 263; olması gereken hukuk yönünden (SEROZAN, Yaklaşım, 1990, s. 95); SEROZAN, Rona, "Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali", **Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan**, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1990, s. 285.

⁵⁶ EREN, 2017, s. 811; KESKİN, 2016, s. 257. İsviçre ve Alman hukukunda da uygulamanın bu şekilde olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. ANTALYA, 2017, s. 21; ZEN-RUFFİNEN, 1985, s. 367.

⁵⁷ Claudia Schubert, *Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht* (Doktora Tezi), Tübingen 2013, s. 160'tan akt. KESKİN, 2016, s. 106; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1980, s. 148.

⁵⁸ ANTALYA, 2019, s. 216.

birlikte⁵⁹; manevi zararı, açık biçimde, *kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilme* olarak tanımlamakla objektif yaklaşımı benimsediği; *duyulan acı veya çekilen ızdırabın manevi zarar olmadığı, ancak onun görüntüsü olarak ortaya çıkabileceği* yolundaki değerlendirmeye de subjektif yaklaşımı reddettiği kararların ağırlık kazanmış olduğu görülmektedir⁶⁰. Nitekim Hukuk Genel Kurulunun yakın tarihli bir kararı da bu yöndedir: “Manevi zarar, *kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmedir. Duyulan acı, çekilen ızdırab manevi zarar değil, onun görüntüsü olarak ortaya çıkabilir. Acı ve elemin manevi zarar olarak nitelendirilmesi sonucu, tüzel kişileri ve bilinçsizleri; öte yandan, acılarını içlerinde gizleyenleri tazminat isteme haklarından yoksun bırakmamak için Yasalar manevi tazminat verilebilecek bazı olguları özel olarak düzenlemiştir. Bunlar kişilik değerlerinin zedelenmesi (TMK m. 24), isme saldırı (TMK m. 26), nişan bozulması (TMK m. 121), evlenmenin butlanı (TMK m. 158/2), boşanma (TMK m. 174/2) bedensel zarar ve ölüme neden olma (818 sayılı BK m. 47, 6098 sayılı TBK m. 56) durumlarından biri ile kişilik haklarının zedelenmesi (818 sayılı BK m. 49, 6098 sayılı TBK m. 58) olarak sıralanabilir.*”⁶¹⁶²

⁵⁹ Ağırlıklı olarak eski tarihli olan bu kararlarda manevi tazminatın, bizzat yaşanan acı ve elemin karşılığı olduğu; kişinin haksız eylem sonucu duyduğu acı ve elemin giderilmesini amaçladığı ifade edilmiştir. Güncel tarihli kararlar ise bazı Yargıtay Dairelerince halen bu görüşün benimsendiğine işaretler. Daha eski tarihli kararlar da bulunmakla birlikte Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 01.03.2006 t. E:2006/2-14; K:2006/26 s.k.; YHGK 25.11.2009 t. E:2009/21-484; K:2009/572 s.k.; YHGK 22.01.2016 t. E:2014/213; K:2016/70 s.k.; 11. HD 24/10/2019 t. E:2018/5385; K:2019/6709 s.k.; 4. HD 06.03.2017 t. E:2016/9551; K:2017/1358 s.k..

⁶⁰ 3. HD 25.04.2019 tarihli ve E:2017/4752; K:2019/3809 s.k.; 13. Hukuk Dairesi 03.12.2018 tarihli ve E:2017/2510; K:2018/11598 s.k.; 4. Hukuk Dairesinin 22/03/2012 t. E:2011/1783; K:2012/4624 s.k.. “... şahıs varlığını oluşturan hukuki değerlerin ihlali ile oluşan objektif eksilme ve kayıplar manevi zararı meydana getirecektir.” YHGK 22.03.2006 t. E:2006/4-66; K:2006/99 s.k. (Yukarıda aktarılan subjektif görüşe dayalı kararların tarihleri dikkate alındığında Hukuk Genel Kurulunun birbirine yakın tarihlerde farklı yaklaşımlara dayalı kararlar verdiği görülmektedir.) 27.06.2012 tarihli ve E:2012/4-179; K:2012/412 sayılı kararında da YHGK “Manevi tazminat, zarar görenin fiziki, sosyal ve duygusal kişilik değerlerinde, bedensel bütünlüğünün iradesi dışında ihlali hallerinde meydana gelen eksilmenin (manevi zararın) giderilmesi, tazmin ve telafi edilmesidir.” ifadesine yer vererek manevi zararı objektif yaklaşımla tanımlamıştır.

⁶¹ YHGK 16.04.2019 t. E:2017/1414; K:2019/464 s.k.. Objektif görüşün benimsendiği daha eski tarihli bir karar için Bkz. 4. Hukuk Dairesi 18.12.1986 t. E:7598; K: 8412 s.k. akt. KARAHASAN, 2001, s. 432.

⁶² Kişilik değerlerinin korunmasına yönelik olarak özel kanunlarda yer alan düzenlemeler de bulunmakta olup; bunlara örnek olarak Türk Ticaret Kanunu’nun haksız rekabet sebebiyle uğranılan zararlara ilişkin hukuki sorumluluğun düzenlendiği 56. maddesi, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun eser sahibinin manevi haklarının düzenlendiği 14.-19., 30.-36. ve 71. maddeleri, 2827 sayılı Nüfus

Danıştay tarafından verilmiş, manevi zararın objektif yaklaşımla nitelendiği bir karar örneği henüz bulunmamaktadır. Dolayısıyla, temyiz mercileri arasında manevi zararın niteliği konusundaki uzun süreli görüş birliğinin ve bu konudaki Türk ve İsviçre hukuklarında subjektif görüşün hâkim olduğu yolundaki genellemenin, Yargıtay'ın objektif görüşe yakın kararlarının ağırlık kazanmasıyla bozulmuş olduğu sonucuna varılmaktadır.

3. Karma Görüş⁶³

Manevi zararı hem objektif kriterle hem de subjektif olgularla bir bütün olarak tasvir etmesi nedeniyle uzlaştırmacı veya bütüncül görüş olarak da adlandırılan bu görüşe göre; manevi zararın oluşması için yukarıda açıklanan objektif ve subjektif unsurların bir arada olması gerekmektedir. En öz biçimiyle, manevi zararın oluşması için ihlalin oluşturduğu objektif unsur subjektif unsurla tamamlanmalıdır⁶⁴.

Eren, "karma görüş" ifadesini kullanmamakla birlikte, doktrinde hâkim görüşün; manevi zararın oluşması için objektif unsurun yanında subjektif unsurun da gerçekleşmesi gerektiği yolunda olduğunu belirtmiştir⁶⁵.

Planlaması Hakkında Kanun'un 2., 4. ve 6. maddeleri; 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 3., 4., 7., 8. ve 14. maddeleri, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun özellikle 5.-12. maddeleri gösterilmektedir.

⁶³ Bu görüş ilk olarak İsviçreli hukukçu Tercier tarafından, 1971 tarihli "Contribution A L'étude Du Tort Moral Et De Sa Réparation En Droit Civil Suisse" başlıklı doktora tezinde ortaya atılmış olup; hukuksal yazında, bu görüşün subjektif görüşten farkının olmadığı yönünde eleştirildiği, subjektif görüşün karma görüş gibi aktarıldığı (Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1980, s.147; ZEN-RUFFİNEN, 1985, s. 367) görülmekle birlikte, bizim de katıldığımız bu görüşün ayrı başlık altında incelenmesini ve bütüncül görüş olarak nitelenmesini doğru bulduğumuzu belirtmek isteriz.

⁶⁴ DESCHENAUX & TERCIER, 1983, s. 24; ARPACI, Abdülkadir, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2000, s. 155-157; ANTALYA, 2017, s. 19; ATLAN, Hülya, **Manevi Zararı Tazmin Yolları**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 55.

⁶⁵ EREN, 2017, s. 554.

Bu görüŖe göre; hukuka aykırı bir saldırı sonucunda kişilik değlerlerinde oluşan objektif eksilme, aynı zamanda *kişinin bilincine yansımali*⁶⁶, yani kişi tarafından hissedilmeli, kişide acı, üzüntü ve keder gibi subjektif etki doğurmalı, böylece makul ve kabul edilebilir düzeyde bir manevi zararın oluşması halinde tazmin yükümlülüğünden bahsedilmelidir. Bu noktada, kişilik haklarının hukuka aykırı bir eylem ve/veya işlemle ihlalinin objektif bir haksızlık durumunu oluşturduğu, bu ihlalin kavramsal olarak zarar boyutuna ulaşması için kişilik hakları saldırıya uğrayan kişinin şahıs varlığında olumsuz etki yaratması gerektiği; Ŗu hâlde zarara uğrayanın ihlal edilen hak -örneğin özel hayatın gizliliği- değil, bizzat o hakkın sahibi olan kişi olduğu unutulmamalıdır⁶⁷. Dolayısıyla, kişilik haklarının korunmasını amaçlayan, saldırı tehlikesinin önlenmesine, sürmekte olan saldırıya son verilmesine yönelik diğer davalar ya da talepler kişi dışı olan ihlali ortadan kaldırmayı amaçlarken; manevi tazminat istemli davanın yalnızca kişilik haklarındaki objektif eksilmeyi gidermeyi değil, şahıs varlığında gerçekleşen eksilmeyi de gidermeyi amaçlaması daha anlaşılır gözükmemektedir. Kaldı ki, her hukuka aykırı saldırı maddi veya manevi zarara yol açmayabilir. Zararın objektif eksilmeye indirgenmesi, ihlal sonucunda zarar oluşmayan hallerde kişi dışı olan ihlal durumunun da yok sayılması ile eşdeğer sonuç doğurur.

Arpacı'ya göre, manevi zararın acı, elem, üzüntü gibi tinsel sarsıntı ve kayıplara ilişkin olması bu zararın yalnızca subjektif açıdan değerlendirilmesi gerektiği anlamına gelmeyip; hâkimin manevi zararın karşılanmasına yönelik tazminatı takdir ederken, özelde kendi yaşam tecrübelerinden ve genel olarak olaya ilişkin objektif bilgi ve faktörlerden yararlanması yerinde olacaktır⁶⁸. Bu bağlamda, manevi zararın oluşup

⁶⁶ ANTALYA, 2017, s. 19; KESKİN, 2016, s. 107; ARAT, 2013, s. 187; Pierre Tercier, Contribution A L'étude Du Tort Moral Et De Sa Réparation En Droit Civil Suisse, Fribourg, 1976, s. 56'dan akt. ANTALYA, 2019, s. 217; GENÇ ARIDEMİR, 2008, s. 181-182.

⁶⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1980, s. 157.

⁶⁸ ARPACI, 2000, s. 155.

oluşmadığı denetlenirken, örneğin şeref ve haysiyetin ihlal edilip edilmediğini belirlemek için, kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu ileri süren kişinin subjektif değerlendirmeleri ve değer yargısı ölçütleri yerine kişinin toplum içindeki yeri de dikkate alınmak üzere uyumsuzluğa ilişkin objektif ölçü ve ölçütlerin esas alınması gerekmektedir⁶⁹.

Antalya'nın konuya yaklaşımı objektif ve subjektif unsurlar arasındaki öncelik sonralık sıralaması açısından farklılaşmakla birlikte aynı doğrultudadır; buna göre zararın belirlenmesinde önce objektif unsur dikkate alınır, sonra subjektif unsurlar da değerlendirilerek sonuca ulaşılır⁷⁰.

Öte yandan; bu görüşü benimseyen yazarlara göre, ayırt etme gücü olmayan kişilerin ve tüzel kişilerin manevi zarara uğrayıp uğramadığı belirlenirken, subjektif unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğine, kişinin niteliği gereği bakılmaması gerekmektedir⁷¹.

Tercier, manevi tazminat talep hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğinde olduğunu kabul etmemekte; kanuni temsilcilerin ayırt etme gücü olmayan kişi lehine bu talepte bulunabileceğini kabul etmektedir.

Karma görüşün, başlangıçta da belirtildiği üzere, subjektif teoriden farklı olmadığı savunulmuş⁷²; özünde subjektif görüşü içerdiği fikrinden hareketle, subjektif görüşle

⁶⁹ ARPACI, 2000, s. 134.

⁷⁰ ANTALYA, 2017, s. 18.

⁷¹ ARPACI, 2000, s. 157; ANTALYA, 2017, s. 19; ATLAN, 2015, s. 54. Karma görüşü savunan Deschenaux ve Tercier bu durumu şu şekilde özetlemektedir: “Manevi zararın subjektif görünümü, görüşümüze göre çok büyük bir önem taşır. Bu görünümünden mahkemelerin çıkarmakta tereddüt ettikleri iki sonuç çıkarılabilir: 1- Mutlak bilinçsizlik durumunda olanlar hiçbir ızdırap hissetmeyeceklerinden bunların manevi zarara uğradıkları söylenemez. Bununla birlikte bu kuralın ihtiyatla uygulanması gerekir. Çünkü manevi zararın varlığı için mutlaka üzüntü ve ızdırabın çekilmesi ve duyulması da şart değildir. ... 2- Sadece gerçek kişiler üzüntü duyabileceklerinden, tüzel kişilerin manevi tazminat isteminde bulunmaları olanaksızdır. (İsviçre Medeni Kanunu madde 53). Bununla birlikte içtihatlar sınırlı da olsa, tüzel kişilerin manevi tazminat isteminde bulunabileceklerini kabul etmektedirler.” DESCHENAUX & TERCIER, 1983, s. 25.

⁷² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1980, s. 147.

benzer yönlerden eleştirilerek ölçülmesi mümkün olmayan duygu zararını esas almasının zararın varlığının ve kapsamının belirlenmesi hususunda keyfiliğe yol açacağı⁷³ ileri sürülmüştür.

Uygulamada Yargıtay Dairelerinin çoğunluğu tarafından manevi zarar objektif yaklaşımla ele alınmaya başlanmışsa da; bazı Dairelerce verilmiş karma görüşün benimsediği kararlar da bulunmaktadır⁷⁴.

Danıştay, subjektif görüşü benimsediğinden, karma görüşe göre verilmiş bir Danıştay kararı bulunmamaktadır.

C. Manevi Zararın Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımların Değerlendirilmesi

Manevi zarar kavramını açıklamaya çalışan yaklaşımlar, hukuka aykırı bir müdahalenin kişilik değerlerine olan objektif etkisinin mi, ya da bunun yerine kişide “görülen” öznel sonuçların mı, duygu-durum değişikliklerinin mi ya da her ikisinin birden mi dikkate alınacağı hususunda birbirinden farklılaşmaktadır. Bu yaklaşımların ortaya çıkışları bakımından kronolojik yönden sıralanmasına gerek bulunmamakla birlikte, Türk yargısının uzunca bir süre subjektif bakış açısını tercih etmesi nedeniyle eleştirildiği bilinmektedir. Katı subjektif görüşün uygulama dışı bırakıldığı ve gerek doktrin gerekse Yargıtay tarafından objektif görüşe yaklaşma eğilimi gösterildiği gözlemlenmektedir. Bu süreç, yerinde ve haklı olarak “manevi olanın maddileştirilmesi” ve “öznel olanın nesnelleştirilmesi”⁷⁵ şeklinde yorumlanmaktadır. Yine de bizim de katıldığımız karma

⁷³ KESKİN, 2016, s. 109.

⁷⁴ “Manevi zararın tazmin edilebilmesi için objektif unsur yanında bir de subjektif unsurun gerçekleşmesi gerekir. Subjektif unsur ise, zarar görenin söz konusu ihlal sonucu kişiliğinde, manevi varlığında objektif olarak meydana gelen bu eksilmeyi yaşamayı, duyması, onu hissetmesi, bunun sonunda da acı, elem, ızdırap duymasıdır. Subjektif unsur yoksa manevi zarar da yoktur.” 3. Hukuk Dairesi 29.01.2014 t. E:2013/20270; K:2014/1180 s.k.. Aynı yönde diğer bir karar 3. Hukuk Dairesi 17.03.2015 t. E:2014/11113; K:2015/4283 s.k..

⁷⁵ SEROZAN, Yaklaşım, 1990, s. 83.

görüşün, hakların korunması ve gözetilmesi bakımından objektif görüşün bir sonraki aşaması olduğu düşünülmektedir.

Öte yandan, farklı bakış açılarının geliştirilmesinin; daha iyi, daha adil, daha hakkaniyete uygun sonuçlara varmaya yönelik olduğu düşünülürse olumlu olarak değerlendirilmesi gerekir. Yaklaşımlara yöneltilen eleştirilerin, manevi zararın daha “doğru” biçimde belirlenmesi noktasında toplandığı, bu eğilimin de bu zarar türünün belirlenmesine yönelik geçmişten beri süregelen keyfilik algısının kırılmasına hizmet ettiği söylenebilecektir.

Subjektif unsur ve subjektif yaklaşımı dışlamayan karma görüş, insani duyguların bilimsel ve güvenilir ölçüm yollarının olmaması ya da bu tip yöntemlere başvurulmasının yargılama usulü yönünden sair sebeplerle uygun düşmeyeceğinin düşünülmesi nedeniyle tercih edilmemesinden kaynaklı olarak; neticede kesin ve belirli olmayan verileri manevi zararın zorunlu ve temel unsuru kabul etmesi bunun da yeni belirsizliklere ve keyfiliğe yol açacağı ileri sürülerek eleştirilmektedir. Ancak kişilik değerlerinde hukuka aykırı müdahalenin yarattığı eksilme nedeniyle kişinin bu eksilmeyi hissederek acı ve üzüntü yaşadığının aslında sadece hukuk düzeninde genel kabul niteliğindeki bir varsayım olduğu unutulmamalıdır. Bu gerçek, örneğin idari yargı düzeninde de sıkça uyuşmazlık konusu olan ölüm veya bedensel zararlarda manevi zararın doğduğunun kanun koyucu tarafından karine olarak kabul edilmesinden⁷⁶ farklı bir duruma işaret eder. Manevi zararın varlığına muhakkak gözüyle bakıldığı bu tür durumlarda zarar görenin ilgili karineden yararlanabileceği açıktır⁷⁷. Ancak genel olarak hak ihlallerinde kişinin manevi zarara uğradığı en nihayetinde varsayımsal bir olgudur. Kişinin iç dünyasındaki değişimler hiçbir zaman ölçülemeyecektir. Bu nedenledir ki; yargı yerlerince, kişinin manevi zarara uğrayıp uğramadığının tespiti için kişilik testi vb.

⁷⁶ Bkz. TBK m. 56.

⁷⁷ SAYMEN, 1940, s. 68.

yollara başvurmayla, bilirkişi incelemeşi yaptırmayla veya uzman görüşünden yararlanmayla sıcak bakılmamıştır: Sosyal ve hukuksal anlamda normal koşullar altında, babası vefat eden kişinin manevi zarara uğradığı varsayılır. Gerçekte kişinin iç dünyasında yaşananlar hukukun ilgi alanı dışındadır⁷⁸. Bu aynı zamanda, kişisel hassasiyet ve kırılganlık derecesinin manevi zararın belirlenmesinde önemli olmaması gerektiğini nitekim önemli de olmadığını gösterir⁷⁹.

Manevi zararın belirlenmesinde subjektif unsurun hesaba katılması, acı ve üzüntülerin dış dünyadan gözlemlenebilir oluşuna dayanmadığı gibi bu suretle yapılan belirleme de manevi zararın görülebilir olana indirgenmesi olarak nitelenemez. Esasen, adli yargı düzeninde yargılamanın duruşmalı yapılması, hâkimin kişilik haklarına hukuka aykırı müdahalenin kişiyi ne kadar üzdüğünü kişinin yüzüne bakarak anlamaya çalıştığı anlamına gelmediği gibi, bilhassa, dosya üzerinden yargılama yapılan İdari yargı pratiği yönünden bu eleştirinin özel bir önem arz etmediği düşünülmektedir.

Kişinin uğrayacağı manevi zararın boyutu; yaşam şekli ve koşullarına, huy ve karakterine, kişilik özelliklerine, ruh sağlığına, dünya görüşüne, yaşama bakış açısına, görgü, bilgi, kültür, eğitim ve zekâ düzeyine, toplumdaki konumuna ve kendine atfettiği özelliklere ve sayma yoluyla belirlenemeyecek olan sonsuz “şey”e bağılı olarak farklılaşmaktadır. Bu nedenle de manevi zararın belirlenmesinde subjektif unsurların ihmal edilmesi düşünülemez ve fakat bunların kesin biçimde ölçülmesi de gerekmemektedir.

⁷⁸ Aynı yönde bkz. (SEROZAN, Yaklaşım, 1990, s. 82 ve 84). Elbette, kişinin olay nedeniyle ruh sağlığının bozulduğunun sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi halinde bu durum manevi tazminatın yanında ayrıca maddi tazminat hesaplanarak ödenmesini gerektirebilir.

⁷⁹ Delcros’un şu değerlendirmeleri görüşümüzü destekler gibi gözükmektedir: “Genel olarak manevi zararın kanıtlanması imkânsızdır. Adli mahkemeler kanıt getirme yükümlülüğünden davacıları bağışık tutarak da güçlüğün üstesinden gelemediler. Manevi zararı kanıtlamak için yapılacak her araştırma boşuna ve zahmetli olacaktır ve eğer, yargıç tarafından harici tezahürler nazara alınırsa, nasıl bir komedinin gözler önünde cereyan edeceğini tahmin etmek zor değildir.” (DELCROS, 1984, s. 66).

Hâkim manevi tazminatı belirlemek için önce manevi zararın varlığını, sonra tazmin edilebilir olup olmadığına ilişkin koşulları denetleyeceğinden, manevi zarar ve manevi tazminat kavramlarının tanımlanmasının yanında takdir edilecek manevi tazminatın miktarına etki eden ilk husus manevi zarar teorilerinden hangisinin benimsendiği hususu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Her ne kadar; ‘objektif görüşün benimsenmesi az miktarda, subjektif görüşün benimsenmesi çok miktarda tazminata hükmedilmesine yol açar’ şeklinde formül bir sonuca ulaşmak mümkün olmasa da; objektif teorinin katı bir biçimde kabulünün zarar gören hak türleri için maktu bir bedel cetveli öngörülmesini, subjektif teorinin katı bir biçimde kabulünün ise, bazı kişiler yönünden hak kayıpları doğuracak olması nedeniyle adalet, hakkaniyet, eşitlik ilkelerinin zarar görmesini beraberinde getireceği açıktır.

Bu nedenle uyuşmazlığın niteliğine en uygun düşen çözüm benimsenmelidir.

Sonuç olarak, manevi zarar, ne yalnızca kişilik değerlerindeki objektif eksilme ile ne de yalnızca kişilik değerlerindeki eksilmenin kişi üzerindeki subjektif sonuçları ile açıklanabilir. Bununla birlikte, kişilerin objektif eksilmeyi hissetmesi her koşulda manevi zararın zorunlu unsuru sayılmamalıdır. Uygulamada duyma yeteneği bulunmadığı kabul edilen kişilerin manevi zarara uğrayıp uğramadığı belirlenirken, subjektif unsur, ilgilinin niteliği ve işin doğası gereği aranmayıp⁸⁰, bu kişilerin kanuni temsilcileri aracılığıyla manevi tazminat talebinde bulunabilecekleri kabul edilmektedir.

Doktrinde, manevi zararın objektif bakış açısıyla değerlendirilmesi gerektiğini savunan *Keskin*; kişilik değerlerindeki objektif eksilmenin tespitinde hukukta sıkça kullanılan ‘dürüst, makul, orta zekâlı üçüncü kişi’nin aynı koşullarda içinde bulunacağı halin objektif ölçüt oluşturabileceğini, bu yöntemin keyfilik endişesini çözeceğini, ayırt

⁸⁰ Aynı yönde bkz. ANTALYA, 2017, s. 19; ATLAN, 2015, s. 54.

etme gücü olmayanlar ve tüzel kişilerle ilgili tartışmaları sonlandıracağını ileri sürmüştür⁸¹.

Düşüncemize göre; hukuktaki “ortalama tip”in keyfilik şüphesini ortadan kaldıracığı inancı fazlaca iyimser olup, başta insan ilişkilerinin sınırsız çeşitliliği ve karmaşıklığı, her geçen gün yeni hakların insan hakları alanına ve hukuk alemine dâhil oluşu; manevi zararın oluşup oluşmadığına karar verilirken, manevi zararı doğuran hukuka aykırılığa ve manevi zarara uğrayan kişiye ilişkin olanlara ek olarak olaya etki eden diğer tüm koşulların, durumların, unsurların, sonuçların birlikte değerlendirilmesini, bu zararın kapsamının da hem zarara uğrayan üzerindeki etkilerinin hem de zarar veren tarafından gerçekleştirilen fiilin niteliği birlikte değerlendirilerek belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Kaldı ki, “ortalama tip”e göre yapılacak değerlendirme de empati gerektirmektedir, ki bu kez hâkimden hâkime değişen empati yeteneği sonucu farklılaştırmaya, yani objektiflikten uzaklaştırmaya yeterli olacaktır⁸².

Doktrinde sıklıkla tartışılan şu örnek ele alınacak olursa; babasını sevmediğini ve onun ölmesi halinde mutlu olacağını beyan eden bir kişinin, haksız fiil sonucunda

⁸¹ KESKİN, 2016, s. 111. Bu fikrin daha önce Saymen tarafından; manevi zararın belirlenmesinde hâkim tarafından öncelikle *normal bir kimsenin aynı hadiseden dolayı duçar olacağı zararın* (Bkz. SAYMEN, 1940, s. 70) ölçü alınması gerektiğinin belirtilmesi suretiyle, Franko tarafından, F. Givord’un 1938 tarihli “La réparation du préjudice moral” adlı tez çalışmasına atıfla, *hissetme gücüyle tazmin arasında tam bir denklik kurulması mümkün olmadığından, hakimlerce insanlarda bir “müşterek hissetme gücü” ölçüsü kabul edilerek manevi zararı tazmin yoluna gidildiğinin* (Bkz. FRANKO, 1973, s. 143); Arat tarafından da, *tarafkların sıfatı, işgal ettiği makam ve ekonomik durumu gibi sübjektif olarak da nitelendirilebilecek unsurların zararın belirlenmesindeki etkisinin gerçekte objektif nitelik taşıdığı; hâkimin bu nitelikleri taşıyan ortalama kişinin bu davranıştan zarar görüp görmediğini araştırarak somut olaydaki kişi hakkında tazminata hükmedeceğinin; böylece söz konusu niteliklerin objektif birer kriter olma özelliğinin devam edeceğinin* (ARAT, 2013, s. 189) belirtilmesi suretiyle dile getirildiği söylenebilir. Kaneti ve Özsunay’ın kusurun objektifleştirilmesine ilişkin açıklamaları da bir kavram ya da kuruma yönelik objektifleştirme faaaliyetinin ve sonuçlarının anlaşılmasına yardımcı olmaktadır. Bkz. KANETİ, 1980, s. 58-59; ÖZSUNAY, Ergun, “Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından “Kusur”un Etkisi ve Önemi”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (Ankara, 21-22 Ekim 1977)**, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s.72-76.

⁸² Sübjektif teoriyi açıkça savunan Kocayusufoğlu, hâkimin, hayatın olağan akışı ve hayat tecrübeleri çerçevesinde; somut olayda gerçekleşen ve zarar gören tarafından bilinen bütün koşulları göz önünde tutmak suretiyle kişinin olaydan ne ölçüde etkilenmiş ve zarar görmüş olabileceğini belirlemesi gerektiğini belirterek empati ve objektif unsurlar konusundaki önemli bir nüansı ortaya koymaktadır. Bkz. KOCAYUSUFPAOĞLU, 1980, s. 148.

babasının ölmesiyle, objektif teoriye göre, babasını seven normal bir insan gibi manevi tazminat alacak olması, bu görüşü eleştirenlerce hakkaniyete aykırı bulunmaktadır⁸³. Buna karşılık olarak; *Keskin*'in, kişinin dış dünyaya yansıyan yönünün her durumda iç dünyasının göstergesi olmayacağı düşüncesine katılmakla birlikte; subjektif görüşün yalnızca dışa yansıyan üzüntüden hareket etmediğine de dikkat çekmek gerekmektedir. Böyle bir durumda, objektif eksilmenin gerçekleştiğinden bahisle her iki kişiye de aynı miktarda tazminata hükmedilmesi yerine; babasını sevmediğini beyan eden kişinin, babası ile olan hukuken geçerli bağları herhangi bir bozulmaya uğramadığı sürece, babasını sevmediğine ilişkin beyanlarının ancak takdîri indirim sebebi yapılmasını önermekte böylece hakkaniyete daha uygun bir sonuca varılmış olacağını düşünmekteyiz.

Manevi zararın, objektif görüş savunucularının yaptığı gibi, kişilik hakkının ihlali ile özdeş tutulması, toplumun etkileşim halindeki insanlar bütünü olduğu, insanın duyguları ve kendine has üstün değerleriyle, bunları savunma hak ve yetkisine sahip kılınmışlığıyla diğer canlılardan ayrıldığı gerçeğinin göz ardı edilmesi anlamına gelir. Kişilerin para ile manevi tatmin duygusuna ihtiyaç ve gerek görmeyebileceği açık olup, manevi tazminat talebinin bulunmadığı halde soyut biçimde manevi zararın doğup doğmadığının tartışılmasının pratik bir önemi kalmayacaktır. Kişinin uğradığı manevi zararın, tabi olduğu hukuk sisteminin sağladığı imkânları göz önünde bulundurarak usulüne uygun biçimde tazmin edilmesini isteme konusunda bir serbesti içinde olduğu gözetildiğinde bu tutumun; salt objektif eksilmenin zarar doğuracağının kabulü halinde

⁸³ ANTALYA, 2017, s. 17; ARAT, 2013, s. 188; GENÇ ARIDEMİR, 2008, s. 183. Objektif teoriye eleştiri yöneltilen bu ve bunun gibi konularda, görüşü savunanlarca farklı çözüm önerileri ortaya atılmıştır. Lorenz; acı, elem, üzüntünün ancak bedensel veya ruhsal olarak somut bir hastalığa sebep olması halinde temeldeki -objektif- manevi zarara eşlik eden duygusal zarar olarak kabul edilebileceğini; Eren ise, duygusal zararların hastalık boyutuna ulaşmasını gerekli görmemekle birlikte, olağan acı ve üzüntüyü aşar biçimde ruhsal bütünlüğü etkileyecek nitelikte olması halinde tazmini gerektiğini savunurken (EREN, 2017, s. 554 vd.); Arat, somut olay bazında ilgilinin “ihlalden etkilenme” durumunun da ayrıca dikkate alınması gerekebileceğini (ARAT, 2013, s. 188) ileri sürmektedir. Bu tür yaklaşımların mutlak objektif görüşün açmazlarından çıkış yolları arama çabası olarak değerlendirilmesi mümkündür.

ancak belli ağırlıktaki manevi zararın tazmin edildiği gerçeği de hatırlanırsa, manevi zararın ağırlığını ölçmekte yetersiz kalınacağı düşünülmektedir.

Kişinin iç dünyasında gerçekleşen ya da gerçekleşmeyen şeylerin dış dünyadan görülen tepkilere göre değerlendirilmesi yargısal düzende zaten gerekli olmayıp, her olayda öncelikle hukuka uygunluk denetiminin yapılacağı; ardından, bu ve ileride değineceğimiz tazminat hukukunda kabul edilen diğer ilke ve kurallar bütünü birlikte değerlendirilerek manevi tazminat talebinin adalet, hakkaniyet, eşitlik gibi yargısal ilkelere göre kabul edilebilir olup olmadığı değerlendirilecektir.

II- MANEVİ ZARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ VE İSPATI

A. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişilerin Durumu

Yukarıda aktarılanlardan, manevi zararın hukuki niteliğine ilişkin görüşlerin ayırt etme gücünden yoksun kişiler ve tüzel kişilerin manevi zarara uğrayıp uğramayacağı, uğradıkları kabul edilirse bu zararlarına karşılık manevi tazminat talebinin ne şekilde ileri sürüleceği konularında farklı tutum sergilediği anlaşılmaktadır.

Doktrinde, yukarıda yer verilenlerin dışında, ayırt etme gücünden yoksun kişilerin manevi tazminat talepleri yönünden, ihlal edilen hakkın niteliğine bakılarak karar verilmesi gerektiğini savunanlar da olmuştur⁸⁴. Bu görüşe göre, örneğin beden bütünlüğünün ihlali halinde, duydukları fiziksel acıya karşılık olarak bu kişiler adına kanuni temsilcilerince ileri sürülen manevi tazminat talepleri kabul edilmeli⁸⁵ ve bu durumda manevi zararın varlığının ve boyutunun ayırt etme gücüne sahip bir insanın duyacağı acı ve üzüntüyü esas alarak takdir edilmesi yoluna gidilmelidir⁸⁶. Diğer kişilik haklarının ihlali, örneğin şeref ve haysiyetin ihlali gibi durumlarda ise, bir görüşe göre;

⁸⁴ GENÇ ARIDEMİR, 2008, s. 194; ANTALYA, 2017, s. 21.

⁸⁵ GENÇ ARIDEMİR, 2008, s. 194; ANTALYA, 2017, s. 21.

⁸⁶ ANTALYA, 2019, s. 218.

ayırt etme gücünden yoksun kişi ihlali ve sonuçlarını algılayamayacağından acı, üzüntü, yaşama sevincinin azalması gibi duygu durumlarının oluşmayacağı düşüncesinden hareketle manevi zarar doğmadığı dolayısıyla manevi tazminat talebinin kabul edilemeyeceği⁸⁷; bir diğer görüşe göre de manevi zararın oluştuğu kabul edilmekle birlikte miktarının kişi varlığındaki objektif eksilme dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁸.

Ayırt etme gücünden yoksun kişilerin manevi tazminat talepleri yönünden bu şekilde bir ayrıma gidilmesi, daha açık bir ifadeyle bu kişilere tanınmış hukuki korumanın bazı haklar yönünden saf dışı bırakılmasının önünün açılması kanun koyucunun amacına ve hukuka aykırı olacaktır.

Öncelikle, bu görüşün bedensel zararlar yönünden, ayırt etme gücünden yoksun kişilerin ancak fiziksel acılarına karşılık olarak manevi tazminat talep edebileceğini kabul ettiği görülmektedir. Oysa bu kişilerin fiziksel acıyı hissedebilecek konumda iken ruhsal herhangi bir acı hissetmediklerinin kabulü bizce mantığa aykırı gözükmektedir. Örneğin yüzde elli oranında zeka geriliği (mental retardasyon) durumu olan engelli⁸⁹ bir bireyin veya herhangi bir engeli bulunmayan ancak mümeyyiz de olmayan bir küçüğün kolunun kopmasıyla bedensel zarara uğraması halinde, yaşayacağı süreli fiziksel acıdan bağımsız olarak uzun vadede zarar gören uzvunun yokluğunu; veya bir başka örnekle bir ölüm olayının gerçekleşmesi halinde ailesinden bir bireyin yokluğunu hissetmeyeceği, bu durumdan psikolojik anlamda olumsuz etkilenmeyeceği ve bundan kaynaklı üzüntü, öfke gibi duygular yaşamayacağı yani duygusal zarara uğramayacağı bilimsel verilere

⁸⁷ GENÇ ARIDEMİR, 2008, s. 194.

⁸⁸ ANTALYA, 2017, s. 21-22.

⁸⁹ Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen ve iç hukukumuzda 03/12/2008 tarihli ve 5825 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin 1. maddesine göre; engelli kavramı diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişileri içermektedir.

dayanmaksızın söylenemeyecektir ve söylenmemelidir⁹⁰. Bu nedenledir ki insanın içinde olduğu hiçbir koşulda subjektif unsurların varlığı göz ardı edilmemelidir.

Bu görüşü savunanların bir yandan mümeyyiz olmayan küçükler yönünden manevi zararın yalnızca olay anında doğmuş olmasının değil, ileride hissedilecek olmasının da göz önüne alınması gerektiğini itirazsız kabul ederken bir yandan da ayırt etme gücünden yoksun kişiler için manevi zararı olay anında yaşananlarla sınırlamaları çelişki oluşturmaktadır.

Öte yandan, bu çalışmanın üçüncü kısmındaki tazminat miktarını etkileyen unsurlar tartışmasına dâhil olsa da, bedensel zarar halinde bu kişilerin uğradığı manevi zararın varlığının ve boyutunun ayırt etme gücüne sahip herhangi bir engeli bulunmayan bir insanın duyacağı acı ve üzüntüyü esas alarak takdir edilmesi gerektiği düşüncesine de katılmadığımızı yeri gelmişken belirtmek isteriz. Böyle bir durumda hâkim, kişinin ayırt etme gücünden yoksun oluşunu veya küçük oluşunu gözeterek karar vermelidir. Bu doğrultuda, ebeveynlerden birinin ölümü örneğinden hareketle, ayırt etme gücünden yoksun kişi için hükmedilecek tazminatın, kişinin zihinsel engel oranı, genel fiziksel koşulları ve bakıma muhtaçlık durumu gibi faktörlerden etkileneceği, sonuç olarak da aynı ihlale maruz kalan herhangi bir engeli bulunmayan bireyinkinden daha az olması

⁹⁰ Aynı görüş için bkz. GÖZLER, 2019, s. 1315. Bu konu çalışma alanımızın dışında olup, psikoloji alanında yapılmış bazı çalışmalar için bkz. krş. <https://www.pegem.net/Akademi/3-8233-Cocugun-Ruhsal-Surecleri-Uzerinde-Ailenin-Etkisi-.aspx>, https://www.researchgate.net/profile/Fahri-Sezer2/publication/291330631_ENGELLI_BIREYLERE_KARSI_OLUMLU_TUTUM_GELISTIRMEYE_YONELIK_ONLEYICI_REHBERLIK_CALISMA_SI_DENEYSEL_BIR_UYGULAMA/links/569f9b1608ae2c638eb7b350.pdf, <http://ilahiyat.harran.edu.tr/assets/uploads/sites/58/files/harran-universitesi-ilahiyat-fakultesi-dergisi-38-sayi-2017-15122017.pdf#page=147>, https://www.researchgate.net/profile/Selda-Mert/publication/322702435_Yasam_Aktivitelere_Dayali_Hemsirelik_Modeli_YADHM'ne_Gore_Zihinsel_Engelli_Bireylerin_Sorunlari_ve_Hemsirelik_Mental_Disabled_Persons'_Issues_According_to_the_Daily_Life_Activities_Model_DLAM/links/5a6a4e60458515b2d05328bc/Yasam-Aktivitelere-Dayali-Hemsirelik_Modeli-YADHMne-Goere-Zihinsel-Engelli-Bireylerin-Sorunlari-ve-Hemsirelik-Mental-Disabled-Persons-Issues-According-to-the-Daily-Life-Activities-Model-DLAM.pdf.

gerektiği⁹¹ söylenebileceği gibi, tam aksine, ilgilinin ölüm olayını algılama ve kabullenmede diğer bireylere göre daha fazla zorluk çekeceği ve/veya daha fazla acı çekeceği varsayılarak miktarın daha fazla olması gerektiği de savunulabilecektir. Dolayısıyla bu aşamada, bilişsel düzeyin somut olay ve kişi bazında değerlendirilip ilgili birey üzerinde doğan etkinin dikkate alınarak bir tercih yapılması gereği ortaya çıkmaktadır. Olaya ve bireye özgü böyle bir değerlendirmenin tek yönlü bir genellemeden daha hakkaniyetli olacağı düşünülmektedir. Küçükler için de aynı durum geçerlidir denebilir; yani tam, sağlıklı ve yetişkin bireyden daha az manevi tazminata hükmedilmesi ya da küçüğün yaşına göre, duyduğu ve ileride duyacağı zarar da gözetilerek artırma gidilmesi söz konusu olabilir. Sonuç olarak, bedensel zarar halinde bu kişilerin uğradığı manevi zararın varlığı ve boyutunun ayırt etme gücüne sahip “normal” bir insanın duyacağı acı ve üzüntüyü doğrudan esas alarak değil bu acı ve üzüntüye kıyasen belirlenmesinin daha doğru olacağı düşünülmektedir.

Ölüm ve bedensel zararlarda olduğu gibi diğer kişilik hakkı ihlallerinde de, ayırt etme gücü olsun olmasın insanın kişi olarak korunması gerektiği, bu kişilerin duyma yeteneğinden yoksun olduğundan bahisle manevi zarara uğramadığı düşüncesinin kabul edilemeyeceği, ilgililerin insan onuruyla bağdaşmayan bir eyleme maruz kalması halinde kanuni temsilcileri aracılığıyla manevi tazminat talebinde bulunabilecekleri; hükmedilecek miktarın yalnızca objektif eksilmeyle sınırlandırılmayıp yine kıyasen belirlenmesi gerektiği düşünülmektedir.

Bu konudaki hukuki düzenlemelere bakıldığında; TMK’da ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyetinin bulunmadığının; bu kişilere ilişkin olarak velayet ve vesayet kurumlarının düzenlendiği, ayrıca ayırt etme gücüne sahip küçüklerin ve kısıtlıların kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmasında yasal

⁹¹ İsviçre Federal Mahkemesinin manevi tazminatın zarar görenin bilinç durumundan etkileneceği, bilinç düzeyi düştükçe tazminat miktarının da düşeceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. ZEN-RUFFİNEN, 1985, s. 368.

temsilcilerinin rızasının gerekli olmadığına açıkça kurala bağlandı⁹²; kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması açısından ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsizler yönünden herhangi bir kural getirilmediği görülmektedir.

Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin ve kısıtlıların kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmasında yasal temsilcilerinin rızası gerekli olmadığından, doktrinde bu kişilerin bizzat manevi tazminat talep edebileceği kabul edilmiştir⁹³.

Danıştay'ın manevi zarara bakışı subjektif manevi zarar teorisi perspektifine yakın olsa da; bu teorinin katı yorumunun benimsenişi şeklinde olmayıp, ayırt etme gücünden yoksun kişiler ve küçüklerin manevi zarara uğrayacağı kabul edilmektedir. Subjektif görüşün tartışıldığı kısımda da değinildiği üzere küçükler yönünden, manevi zararın ileride doğacak olması ve gerçekleşeceğine muhakkak gözüyle bakılması hali⁹⁴ söz konusu olduğundan, zararın olay anında duyulması ve fiilen mevcut olması gerekli görülmeyip olayın gerçekleştiği aşamada tazmin borcu doğurabileceği kabul

⁹² “III. Fiil ehliyetsizliği

1. Genel olarak

Madde 14- Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur. ...

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar

Madde 16- Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar.”

⁹³ GENÇ ARIDEMİR, 2008, s. 191; TEKİNAY vd., 1993, s. 688; TANDOĞAN, 2010, s. 333.

⁹⁴ “Davacı çocukların ölen babalarının acısını olay anında duyması mümkün olmasa bile, daha sonra ve hayat boyunca bu olayın ağırlığını hissedecekleri ve dolayısıyla manevi acı duyacakları ortadadır. Bu itibarla, davacıların ölenin çocuklarının olay tarihindeki yaşları dikkate alınarak manevi tazminat istemlerinin reddinde hukuki isabet görülmemiştir.” D. 10. D. 18.11.1996 t. E:2428-7639 s.k. akt. ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 315.

edilmektedir⁹⁵. Ayırt etme gücünden yoksunluk manevi tazminata hükmedilmesine engel görülmemektedir⁹⁶.

İdari yargı yönünden bu husus objektif ehliyet konusunu ilgilendirmektedir. Şöyle ki; idari davalara ilişkin dilekçeler 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinde yer alan önkoşullar yönünden sırayla incelenmekte olup; bunlardan üçüncü sırada düzenlenen ehliyet; davacının hem objektif hem de subjektif ehliyetine sahip olması gereğini kapsamakta, aynı Kanun'un 15. maddesi uyarınca ehliyet hususundaki kanuna aykırılık durumu davanın reddini gerektirmektedir. Objektif ehliyetin incelenmesi için; Kanun'un "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı haller" başlıklı 31. maddesi uyarınca, 2577 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan konular arasında olan ehliyet konusunda uygulanması gereken hükümler Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda -6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 447/2. maddesinde yapılan atıf uyarınca da anılan Kanun'da- bulunmaktadır.

6100 sayılı HMK'nın 50. maddesinden, taraf ehliyetinin medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olmanın doğal bir sonucu olduğu; 51. maddesinden dava ehliyetinin bu hakları kullanma ehliyetine göre belirleneceği; 52. maddesinden de, bir davada, bu hakları kullanma ehliyetine sahip olmayanların kanuni temsilcileri tarafından, tüzel kişilerin ise yetkili organları tarafından temsil edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Danıştay tarafından, sağ ve evli bulunan anne ve babanın ortak velayeti altında olan küçük çocukları adına yalnızca baba tarafından açılan davada, küçük adına anne veya babadan sadece birisi davayı açmışsa diğer kanuni temsilcinin de davaya icazet verdiğinin

⁹⁵ Bu durum, ancak güncel ve gerçekleşmiş zararların tazmin edilebileceği kuralının istisnasını oluşturmaktadır (ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 183). "Bununla beraber zararın fiilen mevcut olması şart değildir; istikbalde husule gelecek ve fakat husulü muhakkak ve para ile takdiri kabil bir zararın muhakkak ve malum bir zarar sayılabileceği ve tazmin borcu doğurabileceği kabul edilmektedir." ONAR, S. S., **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 3, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1715-1716; ARMAĞAN, Tuncay, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yay., Ankara 1997, s. 188.

⁹⁶ ARMAĞAN, 1997, s. 227. Danıştay tarafından ayırt etme gücünden yoksun kişiler lehine manevi tazminata hükmedilmesine ilişkin pek çok karar bulunmaktadır.

belgelendirilerek dava dosyasına ibraz edilmesi gerekirken, ilk derece mahkemesince yargılama sürecinde ara kararıyla iki kez istenilmesine rağmen tamamlanmayan bu eksiklik nedeniyle dava ehliyetine ilişkin dava şartı sağlanmadan dosyanın tekemmül ettirilerek işin esası hakkında verilen kararın davanın ehliyet yönünden reddi gerektiği gerekçesiyle bozulmasına ilişkin bir kararda⁹⁷ da açıkça belirtildiği üzere “... Maddi hukuktaki hak ehliyeti kavramının usul hukukunda vücut bulan ifadesi taraf ehliyeti olup; bütün insanların hukuk düzeninin sınırları içinde haklara ve borçlara ehil olmada eşit oldukları 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda kurala bağlandığından bütün insanların taraf ehliyetinin varlığı kabul edilmektedir. Ancak, bir davada taraf teşkilinin sağlanması, ilgili kişinin dava ehliyetinin de bulunduğu anlamına gelmemektedir. Bu kapsamda, maddi hukuktaki fiil ehliyeti kavramı, usul hukukuna dava ehliyeti olarak yansımakta olup, buna göre ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti ve dolayısıyla dava ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir. Küçüklerin bu cihetle tam fiil ehliyetine sahip bulunmadıkları ve davada kanuni temsilcileri tarafından temsil edilecekleri” açıktır.

Danıştay, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olması nedeniyle kısıtlı bulunan ve kendisine vasi atanmış olan davacı tarafından, hükümlü olarak bulunduğu ceza infaz kurumundan başka bir ceza infaz kurumuna nakledilmesine ilişkin işlemin ve cezaevinde yapılan uygulamaların hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bizzat açılan iptal davası sonucunda ilk derece mahkemesince davanın görev yönünden reddi yolunda verilen kararın yine kısıtlı davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine verilen kararın temyiz incelemesi aşamasında; kısıtlının, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davalar dışındaki davaları vesayet makamı olarak sulh hukuk mahkemesinin izni ile vasisi veya vasinin tayin edeceği vekili aracılığıyla açabileceğini

⁹⁷ D. 8. D. 19.10.2017 t. E:2017/6723; K:2017/7341 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:30.10.2020).

belirttikten sonra⁹⁸, cezaevinde yapılan kötü muamele iddiasının, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğunu ve vasinin onayı ya da vesayet makamının izninin aranmasının Anayasa ile teminat altına alınmış olan hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacağını değerlendirerek ilk derece mahkemesince temyiz isteminin ehliyet yönünden reddi yolunda verilen kararı bozmuş davacının temyiz istemini incelemiştir⁹⁹.

Danıştay böylelikle kısıtlıların kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını yasal temsilcilerinin izni veya rızası aranmaksızın kullanabileceğini kabul etmiş bulunmakta, zaten Kanun'un da cevaz verdiği bu durumun dava konusu olayın özelliklerini de göz önünde bulundurarak hak arama özgürlüğü açısından önemini vurgulamaktadır. Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar ile küçükleri ilgilendiren benzer uyuşmazlıklarda benzer yönde değerlendirme yapılması tabiidir.

Yukarıda ele alınan kararlar göstermektedir ki; bu kişilerin menfaatleri doğrultusunda hareket etmekle yükümlü bulunan kanuni temsilcileri aracılığıyla da kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanabilecekleri, bu kapsamda manevi tazminat talebinde bulunabilecekleri kabul edilmektedir. Buradan hareketle manevi tazminat talep etme hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı olma halinin mutlak bağlılık değil nispi bağlılık olduğu, bizzat ilgilinin kendisince kullanılması koşulunun aranmadığı, yasal temsilci vasıtasıyla talep edilme durumunun da mümkün olduğu görülmektedir¹⁰⁰.

Ayırt etme gücü bulunan küçüğün veya kısıtlının manevi zarara uğraması halinde manevi tazminat istemli davanın kanuni temsilcinin izni aranmaksızın bu kişilerce, ayırt

⁹⁸ Medeni Kanun'un bu hükümleri hükümleriyle, vasinin vesayet altına alınmış kişi adına herhangi bir davayı açabilmesinin, bu konuda vesayet makamından izin alınmış olması koşuluna bağlandığı; bu koşulun da vesayet altına alınan kişinin çıkarlarını koruma amacına yönelik olduğu; kanun koyucu tarafından vesayet altındaki kişinin zarara uğramasının önlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

⁹⁹ D. 10. D. 08.10.2018 t. E:2016/2170; K:2018/2987 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:30.10.2020).

¹⁰⁰ ANTALYA, 2017, s. 42; Serozan da bir hakkın hangi durumda bizzat sınırlı ehliyetli tarafından hangi durumda yalnızca kanuni temsilci tarafından kullanılacağı hususunun ilgilinin korunma ihtiyacı ve menfaati göz önüne alınarak belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. SEROZAN, İntikal, 1990, s. 285.

etme gücü bulunmayan küçüğün manevi zarara uğraması halinde manevi tazminat istemli davanın kanuni temsilcilerince açılabileceği doktrin tarafından da kabul edilmektedir¹⁰¹.

TMK'nın 13. maddesinde; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya zayıflığı gibi ayırt etme gücünden yoksunluğa sebebiyet veren hallerin maddede yer verilen “ya da bunlara benzer” ifadesiyle sınırlayıcı biçimde değil de örnekleyici biçimde düzenlenmiş olması sonucunda; İdari yargı yerlerince, ilgilinin ayırt etme gücünün varlığı ya da yokluğu her uyuşmazlıkta olayın özelliklerine göre belirlenmektedir¹⁰².

Danıştay'ın bu konudaki şu kararı¹⁰³ esasa ilişkin bir değerlendirme yapılmakla birlikte yaklaşım tarzını somutlaştırması nedeniyle incelemeye değer görülmektedir;

Davacıların velayeti altında bulunan diğer davacı, küçük, 12.05.2013 tarihinde çöpleri karıştıran çocuklar tarafından bulunan el yapımı bombanın elinde patlaması sonucunda sağ elinin kopmasıyla %56 oranında kalıcı vücut fonksiyon kaybına uğramış; olay nedeniyle uğranılan zararların tazmini için davacı küçük için 40.000,00 TL, anne ve babası olan diğer davacılar için ayrı ayrı 5.000,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi istemiyle İçişleri Bakanlığına karşı dava açılmıştır. İlk derece mahkemesi; patlayıcı maddenin il merkezinde yoğun olarak ikamet edilen bir bölgede, sivil vatandaşların ve küçük çocukların kolayca temas edebilecekleri bir şekilde bulunmasında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu; olay yeri tutanakları ile alınan ifadelerden patlayan maddenin ne olduğunun anlaşılamadığının belirtilmesi karşısında olay tarihinde 14 yaşında olan davacı küçüğe kusur atfedilmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle davacıların manevi tazminat istemlerinin kabulüne karar vermiştir. Anılan kararı temizen inceleyen Danıştay 10. Dairesi, davacı küçüğün “ ... Olay günü küçük kardeşim elinde plastik küçük kola kutusu ile yanıma geldi. Kardeşim kutuyu kuzenlerimden almış, onların

¹⁰¹ OĞUZMAN, 1990, s. 43; GÜRSOY, 1973, s. 32; TEKİNAY vd., 1993, s. 689.

¹⁰² Nitekim “Ayırtım gücü, göreceli bir kavramdır.” ÖZSUNAY, 1980, s. 76.

¹⁰³ D. 10. D. 05.07.2017 t. E:2016/638; K: 2017/3509 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:31.10.2020).

da el yapımı bombayı dere kenarında bulduklarını sonradan öğrendim, kutuyu kardeşimin elinden aldım, kutunun sis bombası olduğunu sanmıştım, kutunun içerisinde fitil vardı. Ben bu fitili çakmak ile çakıp yere attım ancak söndüğü için tekrar yakıp uzağa attım. Yine patlamayınca plastik kapağı açıp içerisindeki pamuğu çıkarttım ve çakmak ile yaktım. Kutu tekrar patlamayınca elimdeki plastik kola kutusundan yerdeki pamuğa barut dökerken birden elimde kola kutusu patladı. Bundan bir hafta evvel Vali'ye suikast yapılacağı söylentisi vardı. Tahminen bu el yapımı bomba bahsedilen suikastı yapmak için hazırlanmış, ancak olay çıkartamayınca bombayı çöp birikintisinin yanına bırakmışlar diye duydum. ...” şeklindeki beyanlarına detaylı biçimde yer verilerek; anılan davacının reşit olmamakla birlikte, ifadelerinden, olayı idrak edecek, kavrayacak ve algılayacak durumda mümeyyiz (sezgin, ayırtım gücüne sahip) olduğunun anlaşıldığı, eline aldığı cismin el yapımı bomba olduğunu bilerek hareket ettiği, sis bombası olduğunu sandığı el yapımı bombayı patlatmak için ciddi gayret sarfettiği bu nedenle olayın meydana gelmesinde müterafik kusurunun olduğu ¹⁰⁴ gerekçesiyle davanın kabulü yolundaki kararın tarafların kusur oranları dikkate alınarak yeniden karar verilmek üzere bozulmasına karar vermiştir.

Kararın gerekçesinde de açıklandığı üzere Danıştay, ayırt etme gücünün varlığının denetiminde her uyuşmazlıkta olayın özelliklerine göre dosyadaki veriler üzerinden hareket etmektedir.

¹⁰⁴ Ayrıca; davacı küçüğün Vali'ye suikast hazırlandığı söylentilerinden haberdar olduğu, olayın gerçekleşmemesi nedeniyle el yapımı bombaların çöp birikintisine bırakıldığını duyduğunu beyan ettiği dikkate alındığında, çocuğun dahi haberdar olduğu bu söylentilerden anne ve babası olan diğer davacıların da haberdar olacağı, çevrede bu tür söylentiler ciddi şekilde devam ederken anne-babanın çocuklarının gözetim ve denetim sorumluluğuyla hareket etmeleri ve çocuklarını bu tür olumsuz olaylardan koruyucu tedbirleri almaları gerektiğinden gerekli gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen anne-babanın da müterafik kusurunun bulunduğu gerekçesiyle.

B. Tüzel Kişilerin Durumu

Tüzel kişilerin durumuna gelince;

Bilindiği üzere tüzel kişiler de kendilerine özgü, çoğunlukla mesleki ve ekonomik temelli¹⁰⁵, sosyal kişilik değerlerinden oluşan kişilik hakkına, hak ve fiil ehliyetine sahiptirler¹⁰⁶. Bu nedenle kişiliğin korunmasına ilişkin tüm hukuki düzenlemelerden yararlanacakları açıktır¹⁰⁷.

Doktrinde tüzel kişiler yönünden, duyma yeteneğine sahip olan ve tüzel kişinin organlarını oluşturan gerçek kişilerin uğradığı manevi zararın tüzel kişinin manevi zararı olarak değerlendirilebileceği¹⁰⁸, böylece tek bir kişi adına dava açılarak usul ekonomisine de uygun bir yöntemin benimsenmiş olacağı¹⁰⁹ ileri sürülmüş ise de; tüzel kişinin

¹⁰⁵ 22.01.2016 t. E:2014/213; K:2016/70 sayılı HGK kararı; “...tüzel kişinin ekonomik faaliyetini yürütürken kazandığı saygınlık, onun kişisel değerleri içinde yer alır. Ticari şeref ve haysiyetin çiğnenmesi, onun ekonomik yaşam içindeki yerini ve durumunu sarsabilir. Tüzel kişinin kişilik haklarından olan onur ve saygınlığı onun korunan değerlerinin başında gelir. Bu nedenle tüzel kişi onur ve saygınlığından vazgeçemeyeceği gibi, bu değerlerini hukuka ve ahlaka aykırı olarak da sınırlandıramaz.

Ekonomik itibar da tüzel kişinin şeref ve haysiyetinin bir görüntüsüdür. Tüzel kişinin ekonomik faaliyetleri de toplum tarafından değerlendirilmektedir. Tüzel kişiliğe sahip bir şirketin ödeme gücüne ilişkin değerlendirmeler, o tüzel kişinin toplumsal şeref ve haysiyeti ile yakından ilgilidir. Kredi, toplum tarafından ödeme gücü ile ilgili olarak izafe edilen bir değer olması nedeniyle, bu değeri azaltan veya ortadan kaldıran kişiliği ihlale yönelik açıklamalar şeref ve haysiyete tecavüz niteliği taşır.”

¹⁰⁶ Bkz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu: “B. Hak ehliyeti

Madde 48- Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler.

C. Fiil ehliyeti

I. Koşulu

Madde 49- Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 22.01.2016 t. E:2014/213; K:2016/70 sayılı kararında gerçek kişinin ve tüzel kişinin hak ehliyeti arasında bir nitelik değil, içerik farkı bulunduğu belirtilmektedir.

¹⁰⁷ Aynı HGK kararı; “... gerçek kişilere açık olan kamu hukuku ve özel hukuk kaynaklı bütün haklara ve borçlara kural olarak sahip olabilecek durumdaki tüzel kişiler, kişilik hakkına da sahip olabilecek ve bu hakka tanınan korumadan yararlanabilecektir. ... Kişilik haklarına saldırı halinde kişilik hakkı ister gerçek kişi isterse tüzel kişi olsun Devlete karşı Anayasa hükümleri ile idareye karşı idare hukuku hükümleri ile suç teşkil eden tecavüzlere karşı ise ceza hukuku hükümleri ile korunmuştur.”.

¹⁰⁸ OĞUZMAN, 1990, s. 41.

¹⁰⁹ GENÇ ARIDEMİR, 2008, s. 190.

kendisini oluşturan kişilerden bağımsız bir kişiliğin sahibi olması nedeniyle¹¹⁰ bu düşünce genel kabul görmemiştir¹¹¹. Elbette aynı olay nedeniyle hem tüzel kişinin hem de organlarında yer alan kişilerin manevi zarara uğraması söz konusu olabilir¹¹², bu durumda da ayrı ayrı talepte bulunulması mümkündür.

Tüzel kişilerin gerçek kişilere özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki kişilik hakları yönünden, tüzel kişi olarak manevi zarara uğrayabilecekleri ve manevi tazminat isteminde bulunabilecekleri doktrin¹¹³ ve Yargıtay¹¹⁴ ve Danıştay¹¹⁵ tarafından uzun süredir kabul edilmektedir¹¹⁶.

¹¹⁰ Hukuk Genel Kurulu 22.01.2016 t. E:2014/213; K:2016/70 sayılı kararında tüzel kişilerin hak ehliyetine sahip olmasının, kendisini kuran ya da kendisinden yararlanan kişilerden bağımsız birer hak süjesi olarak hukuk hayatına katılabilmesinin bir gereği olduğunu vurgulamıştır. Aynı yönde bkz. SAYMEN, 1940, s. 193; FRANKO, 1973, s. 191; TEKİNAY vd., 1993, s. 667.

¹¹¹ KESKİN, 2016, s. 262; YUMUK, Hamit, **İdari yargıda tazminat davası**, Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İdare Hukuku Bilim Dalı, Ankara 2005, s. 126. Bundan farklı olarak uluslararası hukukta devletin uğradığı manevi zararın; devlete ait hakların ihlal edilmesi sonucu doğrudan devletin uğradığı zararlar ile devletin vatandaşlarına karşı gerçekleştirilen fiiller nedeniyle devletin dolaylı olarak uğradığı zararlardan oluştuğu kabul edilmektedir (PİRİM, Ceren Zeynep, “Uluslararası Hukukta Mânevî Zarar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 127, 2016, s. 346).

¹¹² ANTALYA, 2017, s. 22.

¹¹³ Von TUHR, 1983, s. 119; KESKİN, 2016, s. 263); GENÇ ARIDEMİR, 2008, s. 189; SARİKOĞLU, 2016, s. 2407.

¹¹⁴ Aynı HGKK; “Tüzel kişilerin manevi tazminat talep edip edemeyeceği tartışmalı olmakla birlikte hukuk düzeninin tüzel kişileri hukuk süjesi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref ve itibar gibi kişisel varlıklar bahşedilmiş olduğuna göre, kişisel varlıklara yapılan saldırı nedeniyle elem ve ızdırap duymayacaklarından söz edilerek tüzel kişilerin manevî tazminat adı ile bir paranın ödetilmesi davası açamayacaklarını kabul etmek yasa koyucunun amacına aykırı düşecektir. Gerek Medenî Kanun ve gerekse Borçlar Kanunu yalnız gerçek kişilerin değil, aynı zamanda tüzel kişilerin de kişisel haklarını korumaktadır. Günümüzde doktrin ve Yargıtay tarafından yaygın olarak benimsenen görüş, gerçek kişilere özgü olanlar dışında kalan kişilik haklarında tüzel kişilerin de manevi zarara uğrayabileceğini ve bu nedenle manevi tazminat talebinde bulunabileceğini kabul etmektedir (Dural / Ögüz, a.g.e., s. 233; SAYMEN Ferit H., “Kimler Manevi Tazminat Talep Edebilir?”, *İÜHF* (Manevi Tazminat), Y. 1940, S. 6, s. 126 – 142; KARAHASAN Mustafa Reşit, *Tazminat Hukuku*, 1996, s. 967-968; GÜRSOY Kemal Tahir, “Manevi Zarar ve Tazmini”, *AÜHF*, C. 30, S. 1- 4, s. 12).”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; 15.12.2004 gün ve 2004/4-709 E.- 2004/720 K. sayılı; 31.05.2000 gün ve 2000/4-900 E. 2000/935 K. sayılı kararlarında da tüzel kişilerin kişilik haklarına saldırıdan dolayı manevi tazminat davası açabileceklerini kabul etmiştir.

¹¹⁵ “İdari eylem ve işleminden zarar gören, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir ve tüzel kişinin uğradığı maddi ve manevi zarar, idare hukukunun tazminat ile ilgili kuralları çerçevesinde idarece giderilir.” D. 12. D. 28.06.1979 t. E:1977/3288; K:1979/2828 s.k., **Danıştay Dergisi**, Y. 11, S. 40-41, 1981, s. 383.

¹¹⁶ Bkz. SAYMEN, 1940, s. 179 ve 192; KILIÇOĞLU, A. M., 1983, s. 292; SEROZAN, Yaklaşım, 1990, s. 96; KIRCA, 1999, s. 260; GÜRSOY, 1973, s. 12 ve 32; ESİN, 1973, s. 453; KARAHASAN, 2001, s. 212-213; TEKİNAY vd., 1993, s. 667; TANDOĞAN, 2010, s. 333. Hatta uluslararası hukukta

“Tüzel kişilerin kişilik haklarını, saygınlık, ticari itibar, sosyal ilişkiler bakımından sahip olunan değer, diğer kurumlar nezdindeki algılanış, mesleki çevrelerdeki konum, güvenilirlik gibi değerler oluşturmaktadır. Tüzel kişiliğin, saygınlığını yitirmesine, itibar kaybına uğramasına veya amaçlarını gerçekleştirmek bakımından zor duruma düşürülmesine yol açan hukuka aykırı tasarrufların manevi zarara yol açtığı kabul edilerek bu tür zararların tazmini gerektiği kuşkusuzdur.”¹¹⁷

Danıştay, tüzel kişilerin kişilik haklarına yönelik bir saldırı nedeniyle manevi zarara uğrayabileceklerini ve bu zararların tazmini gerektiğini açıkça belirtmekte; tüzel kişiliğin manevi zararından söz edilebilmesi için yalnızca idare tarafından tesis edilen işlemin veya gerçekleştirilen eylemin hukuka aykırı olmasının yeterli olmadığını, idarenin hukuka aykırı işlem veya eyleminden kaynaklı olarak tüzel kişiliğin itibarının zedelenmesi veya faaliyetlerinin olumsuz etkilenmesi gibi durumların da gerçekleşmesi gerektiğini vurgulamaktadır¹¹⁸.

Bu bağlamda inceleme yapılan bir uyuşmazlık kapsamında İdari Dava Daireleri Kurulu; davacı Oda tarafından açılan davalarda verilen yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanmaması nedeniyle, Oda’nın Kanun’un kendisine verdiği yetki çerçevesinde takip ettiği davalarda verilen yargı kararlarının uygulanmaması sonucunda itibarının zedelendiğini, üyelerini temsilen açtığı davalar sonucunda Mahkemelerce verilen iptal kararlarını yerine getirmeyerek hizmet kusuru işleyen idare aleyhine manevi tazminat hakkının doğduğunu ileri sürerek açtığı 50.000,00 TL manevi tazminat istemine

devletin onur, şeref, haysiyet ve itibarını zedeleyen uluslararası haksız fiillerden doğan zararların mânevî zarar teşkil ettiği kabul edilmektedir (PİRİM, 2016, s. 345).

¹¹⁷ D. 13. D. 10.06.2020 tarihli ve E:2014/4335; K:2020/1350 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:09.01.2021).

¹¹⁸ D. 10. D. 02.04.2000 t. 3081-1961 s.k. akt. (ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 312); “Bir tüzel kişiliğin manevi zararından söz edilebilmesi için, idari tasarrufun hukuka aykırı oluşu tek başına yeterli değildir. Manevi tazminata hükmedilebilmesinin bir diğer şartı da manevi zararın varlığıdır.” D. 13. D. 13.11.2017 t. E:2011/2365; K:2017/2969 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:09.01.2021). Bu yöndeki değerlendirmelerden sonra davacı tüzel kişinin kişilik haklarına yönelik bir saldırı mevcut olup olmadığı yani davacı yönünden manevi zararın oluşup oluşmadığı hususu incelenmektedir.

ilişkin davanın; ilgili Danıştay Dairesince “manevi zararın, Oda’nın kişilik haklarına saldırı ile itibarının zedelenmesi veya faaliyetlerinin olumsuz şekilde etkilenmesi hâllerinde söz konusu olabileceği; uyuşmazlık konusu süreçte ise, yargı kararlarına konu işlemler, davacı Oda’ya ilişkin tasarruflar olmadığından ve davacı Oda’nın kişilik haklarına yönelik doğrudan bir saldırı hâlinde bahsedilemeyeceğinden, yargı kararlarının davalı idarelerce uygulanmadığından bahisle davacı Oda’nın itibarının zedelendiği ve faaliyetlerinin olumsuz etkilendiğinden söz edilmesine olanak bulunmadığı, bu itibarla manevi zararın varlığının söz konusu olmadığı” gerekçesiyle reddi yolundaki kararın onanmasına karar vermiştir¹¹⁹. Oy çokluğuyla verilen kararın Karşı oy’unda; toplumsal yaşamda bireylerin dağınık güçlerini bir araya getiren, onları koruyan, faaliyet ve özgürlük alanlarını genişleten ve tek başlarına gerçekleştiremeyecekleri amaçları gerçekleştiren amaç birliği veya mal toplululuğu niteliğindeki tüzel kişi için “mesleki faaliyetini yürütürken kazandığı saygınlık, onun kişisel değerleri içinde yer alır. Mesleki şeref ve haysiyetin çiğnenmesi, onun toplumsal yaşam içindeki yerini ve durumunu sarsabilir. Mesleki itibar da tüzel kişinin şeref ve haysiyetinin bir görüntüsüdür. Tüzel kişinin mesleki faaliyetleri de toplum tarafından değerlendirilmektedir. Bu itibarla, mesleki faaliyetleri azaltan, ortadan kaldıran veya etkisizleştiren olaylar da kişiliği ihlale yönelik nitelik taşır. Bu anlamda, idarî işlem veya eylem sonucunda saygınlığını yitirmesinin, değer kaybına uğramasının veya amaçlarını gerçekleştirmek bakımından zor duruma düşürülmesinin ve ticarî itibar kaybının, tüzel kişiler bakımından tazmin edilmesi gereken manevi zararlar olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır.” şeklindeki değerlendirmelere yer verilmiştir.

Yine bir başka kararında Danıştay; davacı şirket tarafından, ithalatını yaptığı malların Mersin Limanına gelişinden sonra hakkında yapılan şikâyet sonucunda Mersin Cumhuriyet Başsavcılığınca başlatılan soruşturma kapsamında mallara el konulması

¹¹⁹ DİDDK 11.03.2020 t. E:2019/2723; K:2020/677 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:30.10.2020).

üzerine, el koyma kararı verilmesine hatalı yönlendirmesi ile ilgili gümrük idaresinin sebep olduğundan ve ayrıca savcılık tarafından el koyma kararı kaldırılmasına rağmen eşyanın kendisine geç teslim edildiğinden bahisle bir miktar maddi ve 100.000,00 TL manevi tazminat istemiyle Ticaret Bakanlığına karşı açılan davada ilk derece mahkemesinin, el konulan malların geç teslim edilmesi ve iyi muhafaza edilmemesi nedeniyle davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğundan tacir olan davacının maddi zararlarının yanında manevi kayıplarının da karşılanması gerektiği gerekçesiyle davacının manevi tazminat isteminin 25.000,00 TL’lik kısmının kabulüne ilişkin kararını onamıştır¹²⁰.

C. Manevi Zararın İspatı

Manevi tazminat konusunun incelenmeye başlanmasından önce üzerine eğilmeyi gerektiren bir başka husus manevi zararın nasıl ispat edileceği hususudur.

Kural olarak tazmin borcunun doğabilmesi için zarar görenin zarar varlığını kanıtlaması gerekir¹²¹. Zararın var olmadığı veya herhangi bir şekilde karşılanmış olduğu hallerde tazmin borcu doğmaz¹²². 11.01.2011 tarihli 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “Zararın ve kusurun ispatı” başlıklı 50. maddesinin 1. fıkrasında da zarar görenin, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altında olduğu kuralına yer verilmiştir¹²³. Manevi zarara ilişkin ispat yükü, genel kurala uygun olarak zarar gören üzerindedir.

¹²⁰ D. 10. D. 02.09.2019 t. E:2019/10334; K:2020/1405 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:30.10.2020).

¹²¹ ARMAĞAN, 1997, s. 187; ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 182; TERCIER, PICHONNAZ & DEVELİOĞLU, 2016, s. 575.

¹²² ONAR, Cilt 3, 1966, s. 1715.

¹²³ “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” şeklindeki TMK m. 6 ile “(1) İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.

(2) Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir.” şeklindeki HMK m. 190 da bu hüküm ile aynı yöndedir.

İdari yargılama hukukunda manevi zarardan idareyi sorumlu tutabilmek için gerekli koşulların oluşup oluşmadığının ispatı -ve denetimi- bu zararın varlığının, kişide oluştuğunun -ve miktarının- ispatı faaliyetini önceleyen bir aşamadır¹²⁴. İdarenin sorumluluğunu gerektiren hallerde, zararın idarenin bir işlem veya eylemine illiyet bağı ile bağılı olarak kamu hizmetinin neden ve etkisiyle meydana geldiğinin öncelikli olarak ispat edilmesi gerekmektedir. Daha sonra zararın varlığına ve miktarına ilişkin delillerin değerlendirilmesi söz konusu olabilecektir. Buna karşılık, zarar veren idare kusurunun veya kusursuz sorumluluğunu gerektiren durumların bulunmadığına ve/veya manevi zararın oluşmadığına ilişkin savlar ileri sürebilir.

Zararın idareye atfedilebilir nitelikte olduğunun ispatı, genel kurallara tabi olup idari yargıda delil serbestisi sisteminin geçerli olduğuna işaret eden¹²⁵ İYUK'un 20. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir konudur¹²⁶. Bunu takip eden, manevi zararın ispatı aşaması ise kendi içinde farklı özellik gösterebilecektir.

Şöyle ki; manevi zararın nasıl ispatlanacağı sorusu yine bu zararın ne şekilde tanımlandığına bağılı olarak değişmekle birlikte, bazı yazarlarca, zarar gören lehine bir bakış açısıyla, kişilik hakkının ihlal edildiğinin ispatı yeterli görülmekte; bazı yazarlarca ise, zarar görenin ihlal nedeniyle yaşadığı ruhsal sıkıntılar hakkında hâkimde kanaat uyandırması şartı aranmaktadır.

Genç Arıdemir, manevi zararı subjektif teori çerçevesinde açıkladığından, kişinin iç dünyasının hâkime tam olarak aktarılamaması ihtimali ve bunun zorluğuna binaen ispat yükünün zarar görene değil zarar verene ait olması gerektiğini, kişilik haklarına yönelik

¹²⁴ BİRBİR EFENDİOĞLU, Didem, **İdari Yargılama Hukukunda İspat Standardı**, Yayımlanmamış Yüksek lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2019, s. 121-122.

¹²⁵ GÖZÜBÜYÜK & TAN, 2016, s. 936.

¹²⁶ Çalışmamızın kapsamını aşan bu husus hakkında detaylı bilgi için bkz. YASİN, Melikşah, **İdari Yargılama Usulünde İspat**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015; CEYLAN, Mahmut, “İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları”, **Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 8, S. 16, Aralık 2018, s. 325-342.

hukuka aykırı müdahalenin ispatının yeterli görülerek, manevi zararın doğduğunun her durumda karine olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹²⁷.

Danıştay kararları incelendiğinde, manevi tazminat istemli davalarda Yüksek Mahkemenin işlemde kaynaklı zararlarda işlemin hukuka aykırılığının¹²⁸, eylemden kaynaklı zararlarda zararın idarenin eylemi veya eylemsizliği sonucu gerçekleştiğinin¹²⁹ ispatını yeterli bulduğu; kişilik hakkı ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğine, zarar görenin ihlal nedeniyle yaşadığı ruhsal sıkıntılara ilişkin çıkarsamayı kendisinin yaparak talebi değerlendirdiği görülmektedir.

*“Manevi zararın varlığı, sadece şeref, haysiyet ve onur kırıcı işlem ve eylemlere ya da kişilerin vücut bütünlüğünde meydana gelen sakatlık haline veya ölüm nedeniyle ağır bir elem, üzüntü duyulması şartına bağlı olmayıp, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini gereği gibi eksiksiz olarak sunamaması nedeniyle ilgililerin yeterli hizmet alamamalarından dolayı üzüntü ve sıkıntı duymaları manevi zararın varlığı ve manevi tazminata hükmedilmesi için yeterli bulunmaktadır.”*¹³⁰

¹²⁷ GENÇ ARIDEMİR, 2008, s. 187.

¹²⁸ Davacının tüm kamu ihalelerine katılmaktan bir yıl süreyle yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali ile 10.000,00-TL manevi tazminata hükmedilmesi istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesince dava konusu işlemin iptali ile “hukuka aykırı olduğu işbu yargı kararıyla belirlenmiş olan yasaklama kararı nedeniyle davacı şirketin ticari itibarının ve güvenilirliğinin zedelendiği, dolayısıyla manevi zarara uğradığının kabulü gerektiği” gerekçesiyle verilen kararın onanmasına karar verilmiştir; D. 13. D. 28.11.2018 t. E:2012/483; K:2018/3372 s.k.. Bir başka uyuşmazlıkta, davacının muhasebecilik ruhsatının iptaline ilişkin işlemin iptali yolunda verilen kararın kesinleşmesi üzerine bu işlem nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; hakkında tesis edilen meslekten çıkarma cezası ve bu cezanın onaylanmasına ilişkin işlemler nedeniyle davacının derin bir elem duyduğu ve manevi zarara uğradığının kabulü gerekeceği belirtilmiştir; D. 8. D. 15.05.2015 t. E:2012/5071; K:2015/4747 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:30.10.2020).

Her hukuka aykırılığın manevi zarar doğurmayacağı açık olmakla birlikte buradaki değerlendirmemizin ispat yüküne münhasır olduğunu belirtmek gerekmektedir.

¹²⁹ “... idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir.” D. 10. D. 21.10.2020 t. E:2019/6360; K:2020/4043 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:30.10.2020).

¹³⁰ D.10. D. 17.02.2020 t. E:2019/6257; K:2020/543 s.k. için bkz. <http://kazanci.com.tr/gunluk/10d-2019-6257.htm> (E.t.:21.06.2021).

Manevi zararın ölçülmesindeki güçlük ispat edilmesinde de kendini göstermektedir¹³¹. Manevi zararın tespiti için doktrin ve yargı kararları ile geliştirilen kriter ve ölçüler baz alınmalı; ölüm veya bedensel zararlarda olduğu gibi manevi zararın doğduğunun kanun koyucu tarafından karine olarak kabul edildiği durumlarda ise yalnızca ihlal fiilinin kamu hizmetinin neden ve etkisiyle gerçekleştiğinin ispat edilmesi yeterli görülmelidir.

Zararın miktarının ispatı hususuna ilişkin olarak ise doktrinde Tercier¹³², Ertaş¹³³ ve Kocayusufpaşaoğlu¹³⁴, manevi zararlar yönünden TBK'nın 50/2 (BK 42¹³⁵) maddesi hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği görüşündedirler. Maddeye göre, uğranılan zararın miktarının tam olarak ispat edilemediği hallerde, zararın miktarı olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemler göz önünde tutularak hâkim tarafından hakkaniyete uygun olarak belirleneceğinden, manevi zararın varlığının ve miktarının belirlenmesi zorluğu aşılmış olacaktır. Çünkü *ancak zararın saptanmasından sonra, bu zararın ne ölçüde ve ne şekilde giderileceği sorunu çözümlenebilir*¹³⁶.

¹³¹ Bkz. s. 25, 79 no'lu dipnot.

¹³² Bkz. DESCHENAUX & TERCİER, 1983, s. 25. Aynı yönde bkz. TERCİER, PICHONNAZ & DEVELİOĞLU, 2016, s. 393.

¹³³ ERTAŞ, 1990, s. 87.

¹³⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1980, s. 148.

¹³⁵ “Zararın tayini

Madde 42

Zararı ispat etmek müddeiye düşer, zararın hakikî miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim, halin mutat cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikân tâyin eder.”

¹³⁶ AKÜNAL, 1981, s. 163.

İKİNCİ BÖLÜM

MANEVİ TAZMİNAT

I- MANEVİ ZARARIN KARŞILANMASI

Kişilik değerleri, çağa ve toplumlara göre değişebilen, geniş bir haklar ve değerler yelpazesini ifade etmektedir. Kanun koyucunun da bilinçli ve yerinde olarak sınırlarını çizmediği, yargı yerlerinin takdir ve değerlendirmesine, doktrinin yorum ve işlemesine bıraktığı¹³⁷, bu sınırsız¹³⁸ alanın farklı görünüşleri bulunmakta olup, kişilik değerlerinin herhangi birinin bir saldırıya uğraması manevi zararın oluşmasına sebebiyet verebilir¹³⁹. Tazminat da, kişilik değerlerine yönelen zarar verici işlem veya eylemin yaptırım gücü¹⁴⁰, bu değerlerde meydana gelen eksilmenin giderilmesi için yargı yerinin sorumluya yüklediği yükümlülüktür¹⁴¹. Kural olarak tazminat, tazmin borcunu doğuran faaliyetlerin

¹³⁷ “... Kişilik hakkının sınırları malvarlığı haklarının aksine belli değildir, somut müdahalelere göre değişir. Bu bakımdan nelerin kişilik hakkından sayılıp sayılmayacağını halin ve zamanın icabına bırakmak gerekir. Bu tespiti ise hâkimler somut olayın özelliklerini nazara alarak yapacaklardır (DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, *Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, İstanbul 2006*, s. 95)...” HGK 22.01.2016 t. E:2014/213; K:2016/70 s.k.. Antalya’ya göre, kişilik hakkına hangi değerlerin dahil olduğunu belirleme hâkimin takdir yetkisini kullandığı alanlardan biri olmayıp, burada -tanımlama boşluğunun bulunması nedeniyle- kural içi boşluğun doldurulması söz konusudur ANTALYA, 2017, s. 50.

¹³⁸ “Sınırları kapalı hukuki olguların yanında, sınırsız, açık hukuki olgular da vardır. Bunlara örnek olarak bir çerçeve hak olan genel kişilik hakkı gösterilebilir.” DEUTSCH, Erwin, “Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri”, Çev: Şeref Ertaş, **Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S. 2, 1981, s. 248. Kişilik değerlerinin sınırlı sayma yoluyla belirlenmiş olmadığına ilişkin olarak; ERTAŞ, 1990, s. 66; ARPACI, 2000, s. 105; ANTALYA, 2017, s. 51; KIRAC, 2017, s. 13; TURAN BAŞARA, Gamze, **Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat İle Haksız Kazancın İadesi**, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 7.

¹³⁹ TMK m 24/2’de, hukuka uygunluk sebepleri bulunmadıkça kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu düzenlendiğinden, kişilik hakkı mutlak hak niteliğinde olup bu durum daha önce aktarılan HGK 22.01.2016 t. E:2014/213; K:2016/70 sayılı kararında da vurgulanmıştır. Bkz. s. 16. Bu halde kişilik hakkının ihlaline sebebiyet veren idari işlem veya eylem de hukuka aykırı nitelikte olacaktır.

¹⁴⁰ KARAHASAN, 2001, s. 61; “...tazmin borcu, hukuki sorumluluğun doğal sonucu, onun yaptırım gücüdür.” ESİN, 1973, s. 441; Zararın tazmini “sorumluluğun hukuki sonucudur.” TERCIER, PICHONNAZ & DEVELİOĞLU, 2016, s. 571.

¹⁴¹ AKYILMAZ, 1998, s. 170.

nedensellik bağı ile bağlı bir zararı içeren her türlü sonucunu kapsar¹⁴². Zararın varlığı ve miktar olarak belirlenebilir olması tazmin borcunun doğması için olmazsa olmaz unsurlardır¹⁴³.

Bir Yargıtay kararında ifade edildiği gibi; *bir kişinin fiziki, sosyal ve duygusal kişilik değerlerine saldırılması sonucu meydana gelen eksilme ve kayıplar manevi zararı doğurur; bu tür kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse, manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir*¹⁴⁴.

Tazminatın belirlenmesi, zararın belirlenmesinden sonraki aşamayı ifade etmekte olup TBK'nın 51. maddesinde hâkimin, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını dikkate alarak belirleyeceği ifade edilmektedir.

Manevi zarar manevi tazminat ile karşılanır. Her ne kadar manevi tazminat kurumunun kökeni Roma hukukuna dayandırılmaktaysa da¹⁴⁵, düşünürlerin, toplumların ve nihayet hukukun “Manevi zarar manevi tazminat ile karşılanır.” yargısını kanıksaması ve uygulamaya koyması için modern zamanların gelişini ve modern hukuk anlayışının gelişmesini beklemek gerekmiştir¹⁴⁶. Hemen belirtmek gerekir ki; İslam Hukukundaki “diyet” kurumunun manevi tazmin işlevi gördüğü sıklıkla dile getirilmekle birlikte¹⁴⁷

¹⁴² Von TUHR, 1983, s. 80.

¹⁴³ DEUTSCH, 1981, s. 253.

¹⁴⁴ 4. Hukuk Dairesi 29.11.2018 t. E:2016/12466; K:2018/7427.

¹⁴⁵ Von TUHR, 1983, s. 116; SAYMEN, 1940, s. 67; ÜNAL, 1978, s. 402; KESKİN, 2016, s. 28.

¹⁴⁶ Saymen bu durumu Esat Arsebük'ten yaptığı alıntıyla şu şekilde açıklamıştır: “Modern hukuk mamelekî kıymetleri olmadığı halde subjektif kıymetleri olan şeylere tecavüzün şahsî menfaatlere tecavüz mahiyetinde telakki ettiği hallerde vardır.” Arsebük, Borçlar Hukukunun Umumi Esasları, 1937, akt. SAYMEN, 1940, s. 146.

¹⁴⁷ SAYMEN, 1940, s. 99-100; ÜNAL, 1978, s. 406; ERTAŞ, 1990, s. 77; GENÇ ARIDEMİR, 2008, s. 49; KESKİN, 2016, s. 43. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. ARAZ, Yunus, “İslâm Hukukunda Manevî Zararların Malî Tazmini”, **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 5, 2016, s. 119-148; BİLMEN, Ömer Nasuhi, “İslâm Hukukunda Manevî Zararların Tazmini”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 6, S. 4, 1940, s. 798 - 812; BENLİ, Abdullah, **İslâm Hukukunda Manevi Tazminat**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 1997; EKŞİ, Ahmet, “İslam Hukukunda Bir Manevi Tazminat Türü Olarak Hükümetü'l-Elem”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, S. 21, 2013, s. 215-234.

hukuki olduğu kadar cezai yönleri de bulunan bu kurumun, yalnızca belirli kişilik hakları yönünden -özellikle vücut bütünlüğü yönünden- uygulama kabiliyetinin olması, amacı ve fonksiyonu bakımından manevi tazminat kavramından büyük ölçüde farklılaşması nedeniyle, bugünün ölçütleriyle değil de kendine has bir kavram olarak, kendi içinde değerlendirilmesi daha doğru olacaktır. Daha önemlisi, gerek Roma Hukukundaki “Aktio Iniuria” davaları gerek İslam hukukundaki “Diyet” gerekse karşılaştırmalı hukuktaki diğer uygulamaların (Cermen Hukukunda Busse yaptırımı, Pandekt Hukukunda Constitutio Criminalis Carolina ile sağlanan koruma, Common Law sisteminde görülen belli haklara özgülenmiş haksız fiil davaları gibi)¹⁴⁸ kişilik değerlerinin bugünkü anlamıyla ve bugünkü kadarıyla korunmasını sağlayabilmiş olmadığı gerçektir¹⁴⁹.

Kişiliğin hem özel hukuk kurallarıyla hem de kamu hukuku kurallarıyla korunduğu¹⁵⁰ bugünkü koruma düzeyine gelinene kadar geçilen önemli ve ilk aşamalardan biri, manevi zararın tazmininin mümkün olmadığı düşüncesidir. Bu düşünciyi savunan yazarlarca çeşitli gerekçeler ileri sürülmüştür¹⁵¹. Gözyaşlarının paraya

¹⁴⁸ Detaylı bilgi için bkz. KESKİN, 2016, s. 31 vd.; ÜNAL, 1978, s. 403 vd.; ANTALYA, 2017, s. 3-5.

¹⁴⁹ Alman Hukukunda manevi zararın kanunla belirlenen sınırlı hallerde tazmini sistemi benimsenirken, manevi zararın, bugünkü anlamda, tıpkı maddi zararlarda olduğu gibi herhangi bir sınırlama öngörülmezsizin tazmin edilmesi ilk olarak Fransız Hukukunda gelişmiş; İsviçre Hukukunda ise, bu iki sistemin arasında, kanunda sayılan sınırlı hallerin çoğaltıldığı, ancak zararın tazmini için kusurun ve zararın özel ağırlığının arandığı bir yol geliştirilmiştir. Ünal, İslam Hukukunda, başta diyet kurumu olmak üzere, her türden zararın kendine has bir tazmin yolunun öngörülmüş olduğunu belirterek, böylece manevi tazminat kurumuna diğer hukuk sistemlerinden daha önce ve daha geniş biçimde yer verildiği görüşündedir (ÜNAL, 1978, s. 404-406). Çelik’e göre ise, bugünkü uygulama belirsizlik ve ölçsüzlük nedeniyle, önceden belirlenmiş bir bedel çizelgesine dayanan diyet kurumunun gerisinde kalmaktadır (ÇELİK, Çelik Ahmet, **Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı**, Legal Yay., İstanbul 2006, s. 52).

¹⁵⁰ ANTALYA, 2017, s. 50; TURAN BAŞARA, 2018, s. 1.

¹⁵¹ Bunlara örnek olarak; insanın sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu hakların özel hukuk alanına ait olmadığı, hukukun üstünde olduğu, korunmalarının kural değil istisna olduğu; manevi zararın ispat edilemeyeceği, ispat edilmeyen bir zararın da tazmininin istenemeyeceği; hâkimin manevi zararın varlığına ikna olmuş olsa bile boyutunu ve kapsamını belirleyemeyeceği, bunu ölçmeye çalışması halinde gerçeği yansıtmayan ve keyfi bir sonuca ulaşacağı, böylesi bir girişimin beşerî adaleti aşacağı; manevi değerlere fiyat biçilemeyeceği, paranın manevi zararları tazmin etmeye elverişli bir araç olmadığı; manevi tazminatın zarar görenin hiç bir çaba sarf etmeksizin elde ettiği bir meblağ olması hasebiyle sebepsiz zenginleşme niteliğinde olduğu; hatta manevi zararın aslında kişinin kendi hassasiyetinden kaynaklandığı, aynı olay farklı kişileri farklı şekillerde etkileyebileceğinden zarara uğramanın sebebinin yine kişinin kendisi olduğu; ayrıca, zarar görenin acısının para ile dindirilebileceği düşüncesinin gayriahlaki olduğu; ölüm gibi ağır ve sürekli manevi zararlar için öngörülecek manevi tazminatın ne miktarda olursa olsun zararı gidermeye yeterli olmayacağı gibi zarar görene acısını hatırlatacağı ve bu acıyı pekiştireceği, bu bakımdan zarar vereni, tazmine yaramayan bir meblağı

çevrilemeyeceği (*les larmes ne se monnayent pas*)¹⁵² savunması etrafında toplanabilecek bu artık çağ dışı olarak nitelenebilecek ve hukuki zemini olmayan düşünceler ortaya atılmış ise de; Saymen'in yerinde deyişiyle; "*Manevi zararın takdirinin indî (yalnız bir kişinin kanısına dayanan) ve keyfî olduğu düşüncesine gelince, bunun güç bir keyfiyet olduğu müsellemdir (inkar edilemez)*"¹⁵³; fakat bu gibi güçlüklerle hukukun her sahasında rast gelinir. Bilumum mesuliyet meselelerinde, kusurun takdiri, illiyet rabitasının mevcudiyeti, failin kasdı, hüsnüniyet veya suiniyet sahibi olduğu hususlarının takdirinde hâkimin rolü daha mı kolaydır?". Bu açmaza bulunan çözüm ise; zorluk arttıkça adaletin tesisi için verilen uğraşın da artırılması gerektiği yolunda olmuştur¹⁵⁴. Ozansoy da bu türden düşünceleri şu şekilde çürütmektedir: "Hukuk, bazı zararlar karşısında "tazminat" çözümünü bulmuştur. Ama, bu; zararın zedelediği ya da yok ettiği her değer için bir "fiyatı" olduğundan değildir."¹⁵⁵

Manevi zararın karşılığının belirlenmesine yarayan objektif bir ölçüt olmadığından, miktarı belirleme, hâkimin subjektif değer ve değerlendirmelerine tabi kalmak zorunda bırakılmaktadır¹⁵⁶.

ödemeye zorlamanın da haksızlık olacağı; belirli bir olay nedeniyle birden fazla kişi manevi zarara uğrayabileceğinden, özellikle "her zararın tazmini gerekir" düşüncesiyle hareket edilirse, bu kurumun kötüye kullanılabileceği şeklindeki düşünceler gösterilebilir. Tüm bu görüşler için bkz. SAYMEN, 1940, s. 64-67; görüşlerin detaylı eleştirisi için bkz. SAYMEN, 1940, s. 67-73. Manevi zararın maddi zarar kavramından hareketle "maddi olmayan zarar" veya "nakdî karşılığı olmayan zarar" şeklindeki tanımlamayan diğer düşünceler için ayrıca bkz. PİRİM, 2016, s. 344.

¹⁵² Fransız Danıştay, manevi acıların parasal bir karşılığının olmayacağı ve tazmini gereken bir zarar oluşturmayaacağı yolundaki yerleşmiş düşüncesini 24.10.1961 tarihli Letisserand Kararı ile değiştirmiş; oğlunun ölümü nedeniyle babanın uğradığı manevi zararın tazminine karar vermiştir (ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 193); (GÖZLER, 2019, s. 1305-1306).

¹⁵³ Aynı yöndeki bir başka değerlendirme de şu şekildedir; "Bir ferdin şahıs varlığını oluşturan değerlerde meydana gelen eksilmeyi tespit etmek ne kadar güçse, bu eksikliğin tazminatla giderilmesi de o kadar güçtür." (AKYILMAZ, 1998, s. 178).

¹⁵⁴ SAYMEN, 1940, s. 69.

¹⁵⁵ OZANSOY, 1989, s. 93

¹⁵⁶ ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 198.

A. Manevi Tazminat Kavramı

Bugün manevi zararların para ile tam olarak giderilemeyeceği endişesi güncelliğini yitirmemiş olsa da; sırf bu yüzden para ile tazmin yönteminden vazgeçilemeyeceği, zarar görenin hukuki korumadan yoksun bırakılmasındansa nakde başvurulması gerektiği hususunda uzlaşmaya varılmış bulunmaktadır¹⁵⁷.

6098 sayılı TBK ile yürürlükten kaldırılan 22/4/1926 tarihli 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasının iptali istemiyle açılan davada verdiği kararda¹⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, manevi zarara ilişkin olarak çeşitli açıklamalarda bulunduktan sonra, bu zararın niçin tazmini gerektiğini ve niçin paraya başvurulduğunu gerekçe kısmında yer verdiği şu veciz sözlerle açıklamıştır:

“... Tazminat, kişinin uğradığı zararları karşılar; bunların acısını çıkartmaya yarar ve bir dereceye kadar saldırıların önlenmesinde etkili olur. Zararlar maddî veya manevî olabilir. Maddî zararların karşılanması zorunlu ve olağan iken çok kez acısı maddî kayıplardan daha ağır olan manevî zararların karşılanma yollarının kapalı tutulması elbette ki düşünülemez.

Manevî zarar sorunu, zararın değerlendirilmesi ve giderilmesi yönlerinden özelliği ve büyük güçlükleri olan bir sorundur. Özellik ve güçlük, insanın manevî varlığına yapılan saldırıların tahriplerini ölçüye vurmaktaki imkânsızlıkta ve manevî kayıpların telâfi kabul etmez niteliğindedir. Ancak bu böyledir diye insanın bir bölüm kişilik hak ve yararlarının korunmayarak yüzüstü bırakılması elbette düşünülemez. ...

Para bugün için halâ mübadele aracı ve hesaplama birimi olarak fiyatların adlandırılmasında, borçların yerine getirilmesinde, eşya ve hizmet karşılıklarının ödenmesinde, değerlerin, servetlerin ölçülmesinde kullanılan en elverişli tek buluş olduğuna göre, manevî zararların değerlendirilebilmesinde ve karşılanmasında paradan yararlanmaktan kaçınılamıyacağı ortadadır. Para, bu alanda eksiktir, yetersizdir; ancak daha iyisi ve elverişlisi bulunmadığı içindir ki aracılığından vazgeçilememektedir.

Paranın manevî zararları karşılamak üzere kullanılabilmesi, hiçbir zaman manevî kaybı geri getirip yerine koyduğu yahut manevî varlığın bir bölümünün onunla mübadele edildiği anlamını taşımaz. Paranın bu alanda gördüğü iş, kişilik hakları ve yararları

¹⁵⁷ Esasen ilk olarak, 19 yy. Alman hukukçularından Carl Georg Von Wächter, manevi değerlerin para ile ölçülememesinin paranın tazminat niteliğine karşı çıkmayı gerektirmediğini; hukukun, doğasında bulunmasa bile, denkleştirmeler yapmak zorunda olduğunu belirtmiştir. Yazar'a göre, “Eğer zarar verenin sebep olduğu acı duygusu, -para sayesinde- mutluluk duygusunun sağlanması ile dengelenebiyorsa, bu bir tazminattır. Para, mutluluk yaratmaya ve acıları azaltmaya uygundur. Bir ölçünün amaca tam ulaşmayı sağlamaması, onu hukuk sisteminden tamamen çıkarılması sonucunu doğurmamalıdır. ... acı parası ödenmesine ilişkin her edim, hiçbir edimle yükümlü olmamaktan daha iyidir.” Naklen KIRCA, 1999, s. 244; EREN, 2017, s. 808; KARAHASAN, 2001, s. 66; ANTALYA, 2019, s. 238; ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 191; GÖZLER, 2019, s. 1302.

¹⁵⁸ AYM 11.02.1969 t. E:1968/33; K:1969/12 s.k..

zedelenen kimsenin duyduğu ağır manevî acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp yatıştırmaktan; bozulan manevî dengeyi onarıp düzeltmekten; bir teselli, bir avunma, bir ruhî tatmin aracı olmaktan ibarettir. Manevî varlıkların hiçbir saldırıdan zarar görmeyeceğine inanan veya manevî kayıpları için herhangi bir tatmin yolunu gerekli görmeyen kimi insanlar bulunabilir. Ama bunların sayısı pek azdır. Büyük çoğunluk genel olarak uğradığı haksız saldırıların hesabını sorar ve zararlarının karşılanması yollarını arar. Bunu başaranca da bir tatmin edilmişlik duygusuna, hafifliğe, ferahlığa kavuşur. Esasen manevî tazminat alacağı, kişiye sınıksız bağlı bir haktır, ilgilisi dilerse dâvasını açar; dilerse açmıyabilir Yasalar, kişileri manevî tazminat dâvaları için zorlamakta değildir; yalnızca haklarını aramak isteyenlere bu yolu açık tutmaktadır. ... Hakarete uğrayan kimsenin, manevî tazminat olarak bir para isteminde bulunması, onun dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez kişilik haklarını ve kişilik haysiyetini bir yana bıraktığının değil; tam tersine kişiliği ve kişilik haysiyetine bağlılığının ve bunları koruma, savunma azminin ifadesidir...”¹⁵⁹

Danıştay kararlarında da sıklıkla kullanılan şekliyle; manevî zararın başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevî tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu kılmaktadır¹⁶⁰.

Genellikle, manevî zararın maddî zarar gibi hesaplanabilir verilerle ölçülmeye elverişli olmadığı düşüncesi ile, maddî tazminatın hesaplanacağı manevî tazminatın ise takdir edileceği ifade edilir¹⁶¹. Dolayısıyla davacıya ödenen bir miktar parayı ifade eden bu tazminat türlerinin belirlenme biçimleri birbirinden farklıdır¹⁶². Tazminat miktarı hâkimin de kabul ettiği ortalama bir rakam olarak görülmektedir¹⁶³.

¹⁵⁹ Anayasa Mahkemesinin bu kararında manevî zararın subjektif yaklaşımla açıklandığı, manevî tazminatın da tatmin amacına yöneldiğinin kabul edildiği görülmektedir.

¹⁶⁰ D. 10. D. 20.01.2016 t. E:2015/4862; K:2016/290 s.k.; D. 8. D. 27.12.2019 t. E:2019/996; K:2019/12964 s.k.; D. 10. D. 23.12.2019 t. E: 2019/3006; K:2019/10750 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:09.01.2021).

¹⁶¹ DESCHENAUX & TERCİER, 1983, s. 213; ZEN-RUFFİNEN, 1985, s. 370; SEROZAN, Yaklaşım, 1990, s. 70; GÜRAN, Sait, “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara 12- 13 Mayıs 1979)**, İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 157. Gerçekten de Danıştay’ın eski tarihli kararları incelendiğinde “maktuan ve takdiren” manevî tazminata hükmedildiği ibaresi ilgili kararların çoğunluğunda görülmektedir. Ancak, manevî zarara ilişkin objektif görüşe yakın olan Serozan bu söyleyişe katılmamaktadır. Şöyle ki; şahıs varlığı zararının saptanmasının malvarlığı zararının hesaplanmasıyla eşit zorlukta olduğunu; bunun ispat hukuku açısından nicelik sorunu oluşturduğunu, aynı nitelikte olan zararların farklı hukuki rejime tabi tutulmaması gerektiğini, dolayısıyla maddî zararlar hesaplanırken manevî zararların takdiren belirlenmemesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. a.g.e. s. 86. Bu yargının günümüzde geçerliliğini yitirdiği görüşünde (ÇELİK, 2006, s. 51).

¹⁶² ÖZDEMİR, Yücel, “İdarenin Manevî Tazminat Sorumluluğu ve Manevî Tazminatın Artırılması Sorunu”, **KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, Temmuz 2019, s. 133.

¹⁶³ “-Manevî tazminatın takdiri yetkisini kullanması gerektiğinde- Hâkim, hak ve adalet dairesinde hükmeden kimselerin takdirine göre kabul edilebilecek mutavassıt (ortalama) ve mutedil (ılımlı) bir hal şeklini arar.” (SAYMEN, 1940, s. 69).

Zararın dar anlamıyla, yalnızca maddi zarardan ibaret olarak algılanması önce manevi zararın gerçek anlamda zarar olmadığı düşüncesine, beraberinde manevi tazminatın gerçek anlamda tazminat olmadığı¹⁶⁴ şeklinde yorumlanmasına yol açmış; bu anlayış da manevi tazminatın neliğini tartışılır hale getirmiştir. Manevi tazminatın karşılamayı amaçladığı gerçek zarar, gerçekleşmiş ve ileride gerçekleşecek manevi zararı kapsamaktadır¹⁶⁵. Yukarıda aktarılan Anayasa Mahkemesi kararında da olduğu gibi bir yandan manevi kayıpların ya da şahısvarlığı değerlerinin ihlalinin gözle görülür elle tutulur olmayışı bir yandan da manevi zararın parayla giderilmesi onun farklı hukuk düzenlerinde “acı (duyma) parası”, “gönül alma akçası”¹⁶⁶ gibi farklı tabirlerle ifade edilmesine yol açmıştır.

B. Tazmin Biçimlerinin Manevi Tazminat Yönünden Değerlendirilmesi

Danıştay kararlarında sıklıkla ifade bulan; *manevi zararın başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı* ile *manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesinin zorunlu* olması durumunun bir başka hukuki yorumu da tazminatın biçimine yönelik bilinçli tercihi işaret etmesidir.

Manevi zararların aynen tazmine elverişli olmadığı tartışmasız olarak kabul edilmektedir¹⁶⁷.

¹⁶⁴ NOMER, 2000, s. 224 vd.; TEKİNAY vd., 1993, s. 655.

¹⁶⁵ Bu haliyle zararın boyutu ve parasal karşılığının bulunması bakımından “kesinlik arz edemeyen, ölçülemeyen, somutlaştırılamayan, zararın tümünü kapsayamayacak olan bir nitelik taşımaktadır.” (GÜRAN, 1980, s. 157).

¹⁶⁶ Sırasıyla, Alman hukukunda “schmerzensgeld”, İsviçre hukukunda “genugtuung”.

¹⁶⁷ “...manevî zarar halinde aynen tazmin imkânsızdır; zira çekilen acı ve ızdıraplar, maruz kalınan hakaret artık maziye ait olup tarihi bir vak’a halini almıştır ve bunun silinmesi imkânsızdır. ... esasen bilûmum maddî zararlar da aynen tazmin edilemez.” SAYMEN, 1940, s. 201; ARMAĞAN, 1997, s. 284. Anayasa Mahkemesi de bir kararında durumu şu şekilde açıklamıştır: “İdare Hukukunun ilkelerine göre idari eylem ve işlemler dolayısıyla kişinin uğrayacağı zararların ancak para ile tazmin edilmesi gerekli olup, uğranılan zararın aynen giderilmesi ve eski halin geri getirilmesi söz konusu değildir. İptal kararları kendiliğinden eski hali geri getirecek bir hukuki sonuç doğurmaz. Yargı mercii idareyi belli bir hal şekli uygulamaya zorlayamaz. İdare kamu hizmetinin gereklerini göz önüne alarak iptal kararının ışığı altında hakkaniyet esaslarına göre yeni bir karar vermek zorundadır.” 11.06.1964 tarihli ve 11725 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 13.03.1964 tarihli ve E:1963/162; K:1964/19 sayılı AYM kararı.

İdari yargı uygulamasında, temeli Anayasal güvence altındaki kuvvetler ayrılığına¹⁶⁸ olduğu kadar, Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrası hükmünün tekrarı niteliğindeki, İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, idari mahkemelerin idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremeyeceği hükmüne dayanan, idarenin yargı kararıyla eylemde bulunmaya ve işlem tesis etmeye zorlanamayacağı prensibi¹⁶⁹ istikrarlı biçimde korunmakta¹⁷⁰ olduğundan; tam yargı davalarında dava dilekçesinde uyuşmazlık konusu miktarın gösterilmesi zorunluluğuna ilişkin 3. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendinde¹⁷¹ yer alan düzenleme de gözetilerek; tam yargı davalarında maddi zararın da aynen tazminine yönelik olarak hüküm kurulmasına rastlanmamaktadır. Uygulanması zor ve verimi düşük olması

¹⁶⁸ Mahkemenin idare yerine geçerek karar veremeyeceği ilkesini refere eder biçimde ESİN, 1973, s. 15; ARMAĞAN, 1997, s. 284; ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 197; SARİKOĞLU, 2016, s. 2415.

¹⁶⁹ “Bu kuralın değerlendirilmesinden, idarelerin, kanunlarla verilmiş görevleri, yine kanunlarda gösterilen usullere uygun olarak yerine getirmekle yükümlü oldukları, kanunların imkân verdiği hallerde takdir yetkisini kullanabilecekleri, kanunlarla yerine getirilmesi görev olarak yüklenmemiş talepleri karşılamaya veya kanunlarda gösterilenin dışında usuller izlemeye ya da takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanımında belirli tercihlerde bulunmaya, yargı kararıyla zorlanamayacakları sonucuna ulaşılmaktadır.” D. 10. D. 08.10.2013 t. E:2009/3337; K:2013/7110 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:30.10.2020).

¹⁷⁰ Tam yargı davası; Sarica tarafından, Fransız hukukunda olduğu gibi, kelime anlamıyla ‘tam yargı’nın harekete geçirildiği şekliyle “Görülüyor ki, idarî bir kararın tatbik ve icrası, hâdisesine göre, ya bir hakkın herhangi bir şekilde tamerine veya sadece tazminat itasına sebebiyet verebilir. Her iki halde bir kararın tatbik ve icrası dolayısı ile idare aleyhine bir tam kaza, tazminat dâvası açılabilmesi muhakkaktır. ... tam kaza dâvasında çeşitli talepler dermeyer olunabilmekte, mahkeme ihlâl olunan bir hakkın tamiri zımında gereken herhangi bir muamelenin ifasını herhangi bir tedbirin itirazını hüküm altına alabilmekte, nihayet mahkeme kararı da muhtelif hükümler, neticeler tevhit edebilmektedir.” (SARICA, Ragıp, “İdari Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 10, S. 3-4, 1945, s. 495-496) sözleriyle izah edilmişse de ülkemizdeki uygulamanın bu yönde gelişmediği bilinmektedir (GÖZÜBÜYÜK & TAN, 2016, s. 610). Bu nedenle, mahkemenin ihlâl olunan bir hakkın tamiri için gereken herhangi bir davranışın yerine getirilmesini herhangi bir tedbirin alınmasını hüküm altına alması bizde olağan hale gelmemiştir. Fransız İdare Hukuku sisteminde tam yargı davasının niteliği hakkında bilgi içeren çalışmalar için bkz. SAYHAN, Şebnem, “İdari Yargı Sistemlerinin Karşılaştırmalı Analizi”, **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, S. 15, Temmuz 1996, s. 67-74; ÖZTÜRK, K. Burak, “Fransa ve Türkiye’de Uluslararası Koruma Statüsü Değerlendirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 77, S. 3, 2019, s. 95-117; SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem, “Fransız İdare Hukukunda Sorumlu Kamu Tüzel Kişisinin Belirlenmesi ve Tazmin Yükünün Sorumlular Arasında Paylaşımı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2015, s. 187-208.

¹⁷¹ Anılan maddedeki “tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktar” ibaresinin lafzi yorumundan, zarar görenin zararına karşılık bir tazminat miktarı belirlenmesinin zorunlu tutulduğu, Borçlar Kanunu’nda öngörülen diğer tazmin şekillerine karar verilmesinin talep edilmesine imkân tanınmadığı sonucuna da varılabilir. Adli yargı düzeninde açılacak manevi tazminat davaları için de bu durumun geçerli olduğu görüşünde olan Oğuzman, belirli bir miktarda manevi tazminat talebinde bulunulmasına ek olarak Borçlar Kanunu’nda öngörülen diğer tazmin şekillerine karar verilmesinin talep edilebileceğinin önünde yasal bir engel bulunmadığını da belirtmektedir. Bkz. OĞUZMAN, 1990, s. 46.

nedeniyle istisnai hale gelmiş olan bu tazmin biçimi¹⁷² yerine *giderimin olağan biçimi*¹⁷³ olan nakden tazmine hükmedilmektedir. Bu noktada aynen tazmin biçiminin, örneğin kamu yararı için yapılan bir işin veya şeyin bireysel zarara sebebiyet vermesi nedeniyle bozulması veya geri alınmasına karar verilmesi gerekirse, kamu yararı ile bireyin yararı arasında denge kurulmasını amaçlayan idare hukuku kural ve ilkeleriyle bağdaşmayacağı ayrıca belirtilebilir.

Manevi zarar aynen tazmine elverişli olmasa da, genel olarak hüküm fıkrasında yer alması halinde aynen tazminle aynı hukuki sonucu doğuracağı kabul edilen, TBK'nın 58/2 maddesinde öngörülen diğer giderim biçimleriyle tazmin de idari yargı uygulamasında rastlanmayan bir yöntem¹⁷⁴ olduğundan çalışmanın bu kısmından sonra manevi tazminat, nakden tazmin biçimini, yani manevi zararın giderilmesi için ödenen bir miktar parayı ifade eder biçimde kullanılacaktır¹⁷⁵.

¹⁷² TERCIER, PICHONNAZ & DEVELİOĞLU, 2016, s. 580.

¹⁷³ DESCHENAUX & TERCIER, 1983, s. 183. Aynı yönde bkz. Von TUHR, 1983, s. 105; "...*Tazminat*", *tam ve peşin "ödeme yükümü"dür.*" DURAN, Lütfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sorumluluğun Temeli Ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s. 21.

¹⁷⁴ İdare hukukunda tazmin borcunun yalnızca para olduğu, bunun dışında başka bir ödevi içermesinin mümkün olmadığı yolunda bkz. ESİN, 1973, s. 441. Aynı görüşteki Gözler, idare hukukunda "eşdeğeriyle tazmin ilkesi"nin geçerli olduğunu; artık maddi zararlar gibi manevi zararların da parayla ölçülebilir, dolayısıyla eşdeğeri olan zararlar olarak kabul edildiğini; idarenin ödemesine hükmedilen paranın zarar gören kişinin uğradığı zararın eşdeğeri olarak kabul edildiğini belirtmektedir (GÖZLER, 2019, s. 1334). Hâkimin muhtemel zararların önlenmesi için ileriye yönelik tedbirlerin alınması hususunda da idareye emir veremeyeceği yolunda bkz. ARMAĞAN, 1997, s. 285; GÖZÜBÜYÜK & TAN, 2016; ÖZDEMİR, 2019, s. 134. Aksi yöndeki; manevi zararın giderimi konusunda tazminata hükmetmenin yetersiz kaldığı durumlarda diğer tazmin biçimlerinden yararlanılmasının düşünülmesi gerektiği, idareyi bir edimde bulunmaya zorlayan usuller geliştirilmesinin idareye emir ve talimat verme yasağına aykırı olmadığı görüşü için bkz. GÜRAN, Türk 1980, s. 159; mahkeme kararının ilanı veya özür dilenmesi gibi diğer tazmin biçimlerine talep halinde hükmedilmesi gerektiğine ilişkin görüşler için bkz. GÜRAN, Sait, "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne Göre Manevî Tazminat", **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Y. 1, S. 1, 1983, s. 160-161; SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem, "Sorumluluk - Manevi Tazminat - Yaptırım Fonksiyonu", **5. İdare Hukuku Buluşması "Danıştay Karar incelemeleri" 4-6 Mayıs 2018 Büyükaada/İstanbul**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 250.

¹⁷⁵ Doktrinde Güran, Armağan ve Gönen, uyumsuzluğun niteliğine göre bazı durumlarda idarenin yalnızca belirli miktarda tazminat ödeme yükümlülüğü altına sokulmasının yeterli olmayabileceği, bu durumlarda diğer giderim biçimlerinden de yararlanılarak idarenin bir edimde bulunmakla yükümlü kılınması gerektiğini ve bu durumun yargının yürütmeye emir vermesi şeklinde algılanmaması gerektiğini savunmuştur. GÜRAN, 1980, s. 158; ARMAĞAN, 1997, s. 286; GÖNEN, K. Eren, "İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi", **Danıştay Dergisi**, S. 108, 2004, s. 33.

II- MANEVİ TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE FONKSİYONU

A. Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği

Manevi zararın hukuki niteliği hakkında farklı yaklaşımlar olduğu gibi, bu zararın karşılanmasına yönelik olan manevi tazminatın hukuki niteliğinin ne olduğu hakkında da farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlar, manevi tazminatın cezai bir yaptırım olduğu görüşü; bir özel hukuk yaptırımı olduğu görüşü ve her iki görüşün belli yönlerinin kabulüyle oluşturulan manevi tazminatı kendine özgü bir kurum olarak değerlendiren görüş şeklinde kategorize edilebilir.

1. Özel Hukuk Cezası Görüşü

Roma hukukunda, kişilik değerlerini korumaya yönelik olarak hâkimin takdiren belirlediği bir miktar cezanın zarar veren tarafından zarar görene ödenmesine dayanan bazı özel ceza davalarının (Aktio Iniuriaum) görülmüş olmasından hareketle, manevi tazminatın tarihsel olarak öncelikle nakdî bir mahkûmiyet görünümündeki özel hukuk cezası (Privatstrafe/ Peine prive) biçiminde ortaya çıktığı kabul edilmektedir¹⁷⁶.

Ceza görüşüne göre manevi tazminat, zarardan değil kusurdan, zarar görenden değil zarar verenden hareketle, zarar görende meydana gelen üzüntü ve kederin tespit edilmeye çalışılmasındansa, zarar verenin kusurunun ağırlığı¹⁷⁷ değerlendirilerek belirlenmelidir; çünkü manevi tazminatın gerçek amacı zarar göreni korumak değil, bir miktar para ödetilmesi suretiyle, özel hukuk yöntemleriyle, faili cezalandırmaktır. Bu görüşe göre; manevi tazminat bir özel hukuk cezasıdır¹⁷⁸ çünkü; tazminat miktarı zarar miktarı ile birebir örtüşmez -ki bunun temelinde de paranın manevi zararı telafi

¹⁷⁶ KIRCA, 1999, s. 242; ERTAŞ, 1990, s. 78; KESKİN, 2016, s. 119; ANTALYA, 2017, s. 3.

¹⁷⁷ Winter; a.g.e, s. 34. akt. KESKİN, 2016, s. 120.

¹⁷⁸ Antalya "ceza tazminatı" ifadesini de kullanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. ANTALYA, 2017, s. 24 ve 78.

edemeyeceği düşüncesi bulunmaktadır- ne var ki klasik cezadan farklı biçimde tazminat olarak belirlenen nakdî değerden yararlanacak olan devlet değil zarar görendir, diğer bir deyişle manevi tazminat mağdur lehine bir para cezasıdır¹⁷⁹.

Saymen bu görüşü; bizce de haklı olarak, tazminat miktarının zarar miktarına eşit olmadığı fikrinin, sırf zararın soyut manevi değerlere ilişkin olması nedeniyle kabul edilemeyeceğini; manevi zararın derecesini ve kapsamını ölçmek zor olsa da bunun imkânsız olmadığını; kişi varlığından eksilen manevi değerlerin, aslında, maddi unsurlar aracılığıyla yine manevi iyileştirme sağlanarak telafi edilmiş olacağını, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde hâkim tarafından kusurun derecesi göz önüne alınmakla birlikte bunun asıl belirleyici unsur olmadığını belirterek¹⁸⁰ eleştirmiştir.

Ayrıca, bu görüşün bazı hususları açıklamakta yetersiz kaldığından bahisle, ceza mefhumunun özel hukukun tazmin edici karakteri ile uyumlu olmadığını¹⁸¹; tazminatın amacının zarar göreni korumak ve ona yardımda bulunmak olup, zarar vereni cezalandırmak olmadığını¹⁸²; hafif bir kusurla büyük bir zarara sebep olunabileceği gibi ağır bir kusurla da küçük bir zarara sebep olunması mümkün olduğundan tazminat miktarının kusura göre belirlenmesinin adaletli olmayan sonuçlara yol açacağını ifade etmiştir.

Doktrinde, ceza görüşünün savlarının suçların ve cezaların şahsiliği prensibiyle de bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Bu açıdan bakıldığında; manevi tazminat parasal bir

¹⁷⁹ SAYMEN, 1940, s. 83-84); ERTAŞ, 1990, s. 73.

¹⁸⁰ SAYMEN, 1940, s. 85-89.

¹⁸¹ “Her iki halde de kişiden, davranışının hesabını vermesi istenir. Fakat, sorumluluğun dayandığı temeller farklıdır. Hukuki sorumluluğun sonucu, zarara uğrayanın zararını gidermeye yöneliktir. Oysa ki, cezai sorumlulukta toplumsal bir karakter söz konusudur. Burada suçlu cezalandırılmak suretiyle, toplumun korunması amaçlanmıştır. Kuşkusuz, tek bir eylemle iki tür sorumluluk altına girmek olanaklıdır.” (DESCHENAUX & TERCİER, 1983, s. 2). Aynı yönde bkz. FRANKO, 1973, s. 127.

¹⁸² Aynı yönde bkz. Kohl, Alternatif Kommentar’dan atıfla; “Manevi tazminatın amacı zarar göreni ayağa kaldırmaktır (rehabilitasyon) yoksa zarar vereni dizleri üstüne çökertmek (satisfaction) değil.” Akt. SEROZAN, Yaklaşım, 1990, s. 85; DESCHENAUX & TERCİER, 1983, s. 61; Von TUHR, 1983, s. 116.

ceza niteliğinde olsaydı, zarar verenin cezasız kalmaması için, talep hakkının, miras bırakan tarafından dava edilmiş olup olmadığına bakılmaksızın mirasçılara geçmesi gerekirdi¹⁸³, oysa henüz dava edilmemiş bir manevi tazminatı talep hakkının mirasçılara geçmeyeceği kabul edilmektedir. Aynı şekilde; ölüm, cezayı düşüren sebeplerden biriyken, manevi tazminata ilişkin dava devam ederken zarar verenin ölmesi halinde davanın mirasçılara karşı devam ettirilebileceği gibi, zarar veren hükmün icraya konulmasından önce ölmüşse, talep, zarar görenin mirasçılara karşı ileri sürülebilecektir¹⁸⁴. Ayrıca ceza hukukunda her kişi kendi fiilinden sorumlu tutulurken, tazminat hukukunda müteselsil sorumluluk halinde, zarar veren birden fazla olduğu halde bunlardan birinin zararın tamamından sorumlu tutulması söz konusu olabilmektedir.

Bu görüş, suçların ve cezaların şahsiliği prensibinin yanında cezaların kanuniliği ilkesine de aykırı bulunmuştur¹⁸⁵. Nitekim manevi tazminatın her olaya özgü olarak hâkim tarafından takdir edildiği, bu bağlamda miktara ilişkin dayanağının kanun olmadığı açıktır.

Bu görüş, idarenin sorumluluğunu, yani devletin manevi tazminat ödemekle yükümlü kılınmasını da izah edemez, zira devletin cezai sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁸⁶, aynı durum zarar verenin cezai ehliyetinin olmadığı durumlar için¹⁸⁷ veya kişinin kusurlu hareket ettiği ancak zarar veren eylemin hukuka aykırılık

¹⁸³ SAYMEN, 1940, s. 87.

¹⁸⁴ SAYMEN, 1940, s. 88; ERTAŞ, 1990, s. 75, 81. Güncel uygulamanın ne şekilde olduğu “Manevi tazminat talebinin mirasçılara geçip geçmeyeceği” başlığında ele alınacaktır.

¹⁸⁵ SAYMEN, 1940, s. 88; ERTAŞ, 1990, s. 73; KESKİN, 2016, s. 123; ANTALYA, 2017, s. 29.

¹⁸⁶ Buna karşılık olarak ceza görüşünü savunanlarca, manevi tazminat talebinin tüzel kişilere yöneltilmesi halinde ilgili davanın, zarar verenin cezalandırılmasından çok, kamu davasına yardımcı ve mesleki disiplini tesis etmeye yönelik olacağı söylenmiştir. J. Carbonnier Droit civil II, 2 ème partie les obligations, Paris, 1957’den akt. FRANKO, 1973, s. 124.

¹⁸⁷ KESKİN, 2016, s. 139.

içermediği durumlar için¹⁸⁸ de geçerlidir; bu halde kişinin hukuka aykırı olmayan davranış nedeniyle cezalandırılması söz konusu olacaktır.

19. yüzyılda özel hukuk ve kamu hukuku arasındaki ayrımın belirgin hale gelmesiyle manevi tazminatın bir tür ceza olarak değerlendirilmesi durumu son bulmuştur.

2. Özel Hukuk Yaptırımı Görüşü

Doktrinde hâkim olan bu görüşe göre, manevi tazminat cezai bir yaptırım değil özel hukuk alanında uygulanan hukuki bir yaptırımdır. Manevi tazminatın özel hukukta öngörülen bir yaptırım olma açısından maddi tazminattan bir farkı bulunmamaktadır¹⁸⁹.

Bu görüşe katılmakla birlikte, idare hukukunun kamu hukuku kolundaki bir hukuk dalı olmasının manevi tazminatın ceza hukuku dışında olma niteliğine etki etmeyeceğini; manevi tazminatın manevi zararın giderimine yönelik bir tazminat niteliğinde olduğunu, cezai bir yaptırım olarak nitelenmesinin mümkün olmadığını belirtme gereği duymaktayız.

3. Sui Generis Bir Kurum Olduğu Görüşü

Bu görüş manevi tazminatın kendine özgü oluşundan bahsederken onu medeni hukuk ile ceza hukuku arasında bir yere konumlandırmaktadır. Bu görüşe göre, terim anlamıyla ceza kavramı gibi tazminat kavramı da manevi tazminatı karşılamaz, çünkü manevi tazminat kendine özgü bir özel hukuk kurumudur¹⁹⁰.

¹⁸⁸ DEUTSCH, 1981, s. 251.

¹⁸⁹ ANTALYA, 2017, s. 24; KESKİN, 2016, s. 124.

¹⁹⁰ Jhering, F. Degenkolb, Burckhardt, Stoll bu fikri ilk savunan hukukçular arasındadır. Bkz. KIRCA, 1999, s. 244; ERTAŞ, 1990, s. 79-81.

Manevi tazminat, Borçlar Hukuku mevzuatında haksız fiilden doğan borç ilişkilerine dâhil edilmekle Tazminat Hukukunun bir parçası haline gelmiştir; ancak sui generis bir yaptırımdır¹⁹¹.

Yargıtay, 22.06.1966 Esas: 1966/7 Karar: 1966/7 İçtihadı Birleştirme Kurulu kararında bu görüşü şu şekilde ifade etmiştir; “*Esasen manevi tazminat, ne bir ceza, ne de gerçek manâsında bir tazminattır. Ceza değildir; çünkü, davacının menfaati düşünülmemektedir, sorumlu olana hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük değildir. Mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanması amaç edinmediği için de, gerçek manâsında bir tazminat sayılamaz. Manevi tazminat, mağdurda veya zarara uğrayanda bir huzur hissi, bir tatmin duygusu tevhit etmelidir. (H. Becker, m. 47, No.1)*”¹⁹². Bazı Yargıtay Dairelerince verilen güncel kararlarda¹⁹³ halen bu İçtihadı Birleştirme Kararına atıf yapılmakta, aktarılan ifadeler aynen kullanılmaya devam edilmektedir. Diğer bazı Yargıtay Dairelerince de açıkça; manevi tazminat olarak ödenmesine hükmedilecek paranın, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşıdığı, bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmediği belirtilmektedir¹⁹⁴. Dolayısıyla Yargıtayca, manevi tazminatın hukuki nitelendirmesinin onun özgün bir kurum olduğu yolunda yapılıyor olması nedeniyle, bu görüşün yerleşik içtihat haline getirildiği söylenebilir.

¹⁹¹ Winter; a.g.e, s. 36 akt. KESKİN, 2016, s. 122.

¹⁹² 28.07.1966 tarihli ve 12360 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. KARAHASAN, 2001, s. 67-68’de yer alan dipnotlar.

¹⁹³ 11. Hukuk Dairesi 19.11.2019 t. E:2018/1814; K:2019/7318 s.k. ve 3. Hukuk Dairesi 18.03.2019 t. E:2019/1335; K:2019/2191 s.k..

¹⁹⁴ 21. Hukuk Dairesi 28.01.2020 t. E:2019/5769; K:2020/280 s.k.; 4. Hukuk Dairesi 20.01.2020 t. E:2018/1693; K:2020/147 ve 17. Hukuk Dairesi 26.12.2019 t. E:2018/594; K:2019/12532 s.k. ile 08.07.2020 t. E:2019/5203; K:2020/4530; 10. Hukuk Dairesi 08.10.2020 t. E:2020/6376; K:2020/5742 s.k..

Danıştay'ın bazı dairelerince manevi tazminatın; ölüm, bedensel zararlar ve kişilik haklarının ihlali sonucunda uğranılan “*manevi zararın yani duyulan acı ve elemin karşılanması için öngörülen bir yaptırım türü*”¹⁹⁵ olarak nitelendiği kararlar bulunmaktaysa da; yalnızca lafzi yorumla Danıştay'ın manevi tazminatın bir özel hukuk yaptırımını olduğunu benimsediği söylenemeyecektir. Yukarıda değinildiği üzere, manevi tazminatın Yargıtay tarafından yapıldığı gibi ceza ile tazminat arasında konumlandırılmasına ilişkin açık bir niteleme de tespit edilmemiştir. Bunun yerine, İdari Dava Daireleri Kurulu ve diğer birçok Dairenin çoğunlukla manevi tazminatı *malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yönelik bir tazmin aracı değil tatmin aracı* olarak nitelendirmesinin bu tazminatı “tazminat” kavramından uzaklaştırıp “ceza”ya yaklaştırması değilse de, daha çok manevi zarar kavramı yönünden objektif görüşe olan uzaklık, subjektif görüşe olan yakınlık anlamına geldiği düşünülmektedir. Özetle bu araçsallaştırmanın, manevi tazminatı maddi tazminattan farksız bir özel hukuk yaptırımını olmaktan çıkarıp kendine özgü bir karaktere büründürmeye matuf olduğu sonucuna varılmaktadır. Bunun da ötesinde; Yargıtay ve Danıştay tarafından ancak malvarlığı zararlarının tazmin edileceği, manevi zararlara yönelik olarak ise ilgilinin tatmin edilmesi için parasal bir ödeme yapılması gerektiği anlayışında birleşildiği görülmektedir. Bu halde ise Yargıtay'ın aynı dairelerince bir yandan manevi zararın objektif eksilmeden ibaret görüldüğü, tazminatın maddi tazminatta olduğu gibi giderime hasredildiği bir yandan da manevi tazminatın zarar görende huzur doğurmaya yönelik özgün bir niteliğinin olduğunun söylenmesi çelişki oluşturmaktadır. Dolayısıyla Danıştay'ın, manevi zarar yönünden subjektif görüşe, manevi tazminatın hukuki niteliği yönünden sui generis bir kurum olduğu görüşüne ve nihayet bu tazminatın ileride detaylı

¹⁹⁵ D. 12. D. 20.02.2020 t. E:2019/7073; K:2020/1468 s.k.; D. 2. D. 26.02.2020 t. E:2016/14839; K:2020/1126 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:01.11.2020).

açıklayacağımız fonksiyonu yönünden tatmin görüşüne yakın bir yaklaşım benimsemesi çok daha tutarlı gözükmemektedir.

B. Manevi Tazminatın Fonksiyonu

Manevi zararın hukuki niteliğine ilişkin görüşler, manevi zarar karşılığında hükmedilen manevi tazminatın nasıl bir amaca yöneldiği ve nasıl bir işlev gördüğü hususundaki görüşleri de farklılaştırmıştır. Dolayısıyla manevi tazminatın fonksiyonuna ilişkin görüşler, manevi tazminatın amaç ve işlev bakımından yorumlanması hususunda birbirinden ayrılmaktadır. Bu bölümde manevi zararın hukuki niteliğine ilişkin görüşlerde olduğu gibi öncelikle subjektif manevi zarar teorisine dayanan görüşler, daha sonra objektif manevi zarar teorisine dayanan görüşler ele alınmıştır.

1. Cezalandırma Fonksiyonu

Manevi tazminatın hukuki açıdan “özel hukuk cezası” olarak nitelenmesi gerektiği görüşüne paralel biçimde, cezalandırma amacını temel alan bu bakış açısı, manevi tazminatın zarar verenin zarar verici fiiline karşılık gelen bir ceza niteliğinde olduğunu savunmaktadır¹⁹⁶.

Doktrinde, manevi tazminatın cezalandırma fonksiyonunun tatmin fonksiyonunu da beraberinde getirdiği sonucuna varılmış ve iki fonksiyon birlikte ele alınmıştır. Buna göre, manevi tazminat ile bir yandan zarar veren cezalandırılırken bir yandan da zarar görenin öç alma, ödeşme isteği tatmin edilmiş olmaktadır¹⁹⁷. Yine bu kapsamda, cezalandırma amacının asıl amaç değil, manevi tazminatın diğer amaçlarına eşlik eden

¹⁹⁶ SAYMEN, 1940, s. 83; FRANKO, 1973, s. 124.

¹⁹⁷ KIRCA, 1999, s. 250; KESKİN, 2016, s. 132; DESCHENAUX & TERCİER, 1983, s. 60; TANDOĞAN, 2010, s. 331. Alman Federal Mahkemesi tarafından “Genugtuung” (mağdurun tatminine yönelik manevi tazminat) anlayışının kabulü, Alman Hukuk doktrini tarafından; bunun zarar verenin doğrudan zarar görene ödemekle yükümlü olduğu bir miktar para ile zarar görenin intikam duygusunu hafifletmek üzere tesellisinin sağlanması amacına yönelik olan özel ceza (privatstrafe) anlayışına geri dönüş anlamına geldiği ileri sürülerek eleştirilmiştir. Bkz. ERTAŞ, 1990, s. 73. Ayrıca Bkz. SEVGİLİ GENÇAY, 2019, s. 248.

tali ve ikincil bir amaç olarak her zaman var olduğunu¹⁹⁸, hatta TBK'nın 58/2 maddesi uyarınca saldırıyı kınayan bir kararın verilmesi ve bu kararın yayımlanmasına hükmedilmesinin bu cezalandırma işlevini yerine getireceğini savunanlar da olmuştur¹⁹⁹.

Güran, manevi tazminata cezalandırma işlevinin de yüklenmesi gerektiği görüşündedir²⁰⁰. *Çelik* ise; “cezalandırma”nın, caydırıcılık olarak anlaşılması halinde kabul edilebilir bir fonksiyon olduğu görüşündedir²⁰¹.

Cezalandırma işlevi öne çıkarıldığında, manevi tazminatın takdirinde, manevi zararın ağırlığından çok zarar verici fiilin niteliği, kusur ve kusurun ağırlığı önem arz eder hale gelmektedir²⁰². Kusura yönelik olan bu yaklaşım tarzı, zarar görenin hislerini ölçmeye çalışma zorluğundansa, yargı yerlerince; zarar verenin kusurunun ölçülmesinin, sıkça yapılan bir iş olduğu için, daha kolay olacağı mantığına dayanmaktadır²⁰³. Böylece tazminat miktarının takdiri bakımından farklı kişiler ve olaylar arasında daha eşitlikçi sonuçlara ulaşılacağı düşünülmektedir.

Ne var ki, asli veya tali bir cezalandırma amacının varlığının kabulüyle, sırf zarar görenin cezalandırılması amacına yönelik olarak gerçekteki manevi zararı karşılamaya yetecek miktarı aşan miktarlara yahut kusurun hafif olmasına dayanılarak zararı karşılamaya yetmeyecek miktarlara hükmedilmesi ihtimali gündeme gelecek, ki bu durum hukuka ve adalete aykırı olacaktır. Öte yandan, manevi tazminatın özel hukuk usul ve kuralları çerçevesinde uygulanmakla birlikte yine de bir ceza olarak kabulü, hem suç ve cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca hem de manevi tazmin borcunun şahsa bağlı olduğunun kabul edilmesi nedeniyle, mirasçılara geçmesi veya başkasına devir imkânının

¹⁹⁸ GÜRSOY, 1973, s. 10-11.

¹⁹⁹ OĞUZMAN, 1990, s. 51.

²⁰⁰ GÜRAN, 1980, s. 168.

²⁰¹ ÇELİK, 2006, s. 54.

²⁰² ANTALYA, 2017, s. 29.

²⁰³ FRANKO, 1973, s. 126; ÇELİK, 2006, s. 53.

ortadan kalkması anlamına gelecektir²⁰⁴ ki mevzuat ve uygulama aksi yöndedir. Sorumluluk hukuku bir “intikam mekanizması” olmayıp ve hukuki sorumluluğun cezai sorumluluğun etkilerinden arındırılması gerekmektedir²⁰⁵.

Manevi tazminatın “özel hukuk cezası” olarak nitelenmesine getirilen eleştiriler bu fonksiyonu için de geçerlidir.

2. Tatmin Fonksiyonu

Manevi tazminatın tatmin edici-doyum sağlayıcı amacının ve işlevinin olduğu görüşü, manevi zararın subjektif görüşle kavranmasının bir sonucudur²⁰⁶. Subjektif manevi zarar teorisine göre; kişilik haklarının ihlali nedeniyle ilgilide acı, elem, ruhsal dengenin bozulması şeklinde ortaya çıktığı kabul edilen manevi zarara karşılık olarak ödenecek olan manevi tazminat, zarar görenin çektiği acıyı ve elemi dindirmeye veya bir nebze hafifletmeye, bozulan ruhsal dengesini mümkün olduğunca yerine getirmeye²⁰⁷, ihlal nedeniyle ilgilinin hayatında oluşan karmaşanın giderilmesine ve normale dönmesine yardımcı olmaya²⁰⁸ yöneliktir. Bu görüşe göre, ruhun aldığı yara telafi ve tazmin olunamaz; ancak, zarar görenin zarar verenden alacağı bir menfaatle yaşananlar ve kişi üzerinde bıraktığı etkileri silinmeye, unutturulmaya çalışılır, manevi tazminatın amacı da budur²⁰⁹.

“Manevi tazminat, malvarlığı dışındaki hukuksal değerlere yapılan saldırılar ile meydana getirilen eksilmenin giderilmesi olup; amacı ise, huzuru sağlamak, bozulan ruhsal dengeyi kurmak, ızdırapları dindirmektir. ... Manevi giderim, zarara uğrayanda, bir

²⁰⁴ KIRCA, 1999, s. 250; KESKİN, 2016, s. 132.

²⁰⁵ OZANSOY, 1989, s. 93.

²⁰⁶ EREN, 2017, s. 807; ANTALYA, 2017, s. 28; KESKİN, 2016, s. 127; KIRCA, 1999, s. 247.

²⁰⁷ FRANKO, 1973, s. 123; ESİN, 1973, s. 453; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1980, s. 161; ERTAŞ, 1990, s. 65.

²⁰⁸ ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 191.

²⁰⁹ GÜRSOY, 1973, s. 35; ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 191.

huzur duygusu yaratır. Ve öte yandan ruhsal ızdırapların dindirilmesini amaç edinir.”²¹⁰
“Manevi tazminatın amacı, çekilen acıları yeterince dindirmek, yaşama yeniden bağlamak yolu ile ruhsal dengeyi sağlamaktır.”²¹¹

Manevi tazminat tamir edici değil, tatmin ve teskin edicidir²¹²; tazminat olarak bir miktar paranın zarar görene ödenmesiyle, zarar tam olarak karşılanmasa da, kişide bir tatmin duygusu uyandırılmış olur²¹³. “Manevi tazminat zarara uğrayanın manevi ızdırabını bir nebze dindiren, ruhsal tahribatını onaran bir araçtır. Manevi tazminatın kapsamını takdir hakkı, kural olarak yargıca aittir. Yargıç, manevi tazminatın tutarını belirlerken, hak ve adalete uygun davranmalı, hukuk biliminden yararlanmalı, toplumun sosyal, ekonomik ve moral yapısını ve özellikle de somut olayın koşullarını gözetmelidir. Takdir edilecek tutar, bir yandan manevi acıları gidermeli, kamuoyu ve sosyal vicdanda kabul görmeli, diğer yandan ise zarar gören açısından zenginleşme aracı olmamalıdır.”²¹⁴

Bahsedilen tatmin duygusu, zarar görenin hukuka aykırı bir eylem veya işlem nedeniyle zarara uğramasından kaynaklı haksızlığa uğramışlık, öfke veya hiddet duygularının körüklenmesi anlamında tatminini değil; zarar nedeniyle yaşadığı acı ve

²¹⁰ Yargıtay 4. HD 22.06.1970 t. E. 4924, K. 5159 s.k. akt. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1980, s. 146.

²¹¹ Yargıtay 15. HD 24.12.1975 t. E:1975/4356; K:1975/5124 s.k. akt. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1980, s. 147.

²¹² SAYMEN, 1940, s. 92, 142 ve 201; Von TUHR, 1983, s. 116. Von Tuhr’a göre; manevi tazminatın ödenmesiyle, zarar görenin istediği gibi tasarruf edebileceği bir meblağın malvarlığına dâhil olması ve onun zarar verenden -zorla- elde edilmiş olduğu gerçeği, hukuka aykırı saldırının sebep olduğu acıların ve modern insanda Hristiyanlığa ve uygarlaşmaya rağmen halen var olan intikam arzusunun bir dereceye kadar teskin edilmesini sağlar. Aynı ifadeler için bkz. KIRCA, 1999, s. 247; SEROZAN, Yaklaşım, 1990, s. 71; ERTAŞ, 1990, s. 78.

²¹³ TANDOĞAN, 2010, s. 330-331; EREN, 2017, s. 806; ESİN, 1973, s. 450.

²¹⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 19.11.2019 t. E:2018/1814; K:2019/7318 s.k.. Anılan kararda, Mahkemece, hükmedilen tazminat tutarının somut olayın özelliklerine, davacıların olaylardan etkileniş derecesine ve paranın alım gücüne uygun düşmeyecek şekilde az olduğu, davacılar yararına daha tatminkâr ve adalete uygun, makul bir manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararı davacılar yararına bozulmuştur.

üzüntünün hafifletilmesine, yaşama sevincinin yerine getirilmesine destek verilmesine yönelik duygu durumunun sağlanmasını ifade eder.

Kişinin şahıs varlığında meydana gelen eksilme malvarlığı artırılarak dengelenmeye çalışılır²¹⁵. Nihayetinde kişi tazminat olarak elde ettiği parayı kendini manen tatmin edecek şekilde özgürce değerlendirme şansına kavuşur. Zira paranın değişim gücü kişiye mutluluk getirecek şeylerin elde edilmesinde işlevseldir.

Ayrıca uğradığı zararın ve haksızlığının hem hâkim hem zarar veren tarafından kabul edilmesi sayesinde zarar görenin bozulan adalet duygusunun düzeltilmesi de söz konusu olacaktır²¹⁶. Bu anlamda idarenin belirli bir meblağı davacıya ödemekle yükümlü tutulması, manevi alanda *idarenin hareketinin doktrinal bir kontrolü* olarak algılanmaktadır²¹⁷.

Öte yandan, manevi tatmin görüşünün zararın kişi üzerindeki olumsuz öznel sonuçlarını merkezine alması ve bunları hafifletmeyi amaçlaması; manevi zararı doğuran fiilin aynı zamanda suç oluşturması ve cezai yaptırıma tabi tutulmuş olması halinde zarar görenin, sırf bu nedenle bir nebze de olsa rahatlama duyacağı varsayılarak -bu durum manevi tazminata hükmetmeye engel olmamakla birlikte- tazminat miktarının bundan etkilenmesi gerektiği düşüncesini beraberinde getirmiştir²¹⁸.

Manevi zararın hukuki niteliğine ilişkin olarak karma görüşü benimseyen ve manevi tazminatin iki aşamalı biçimde hesaplanması gerektiğini savunan *Antalya* ise, zarar verici eylemin aynı zamanda suç oluşturması halinde zarar verenin cezai yaptırıma tabi tutulmuş olmasının objektif manevi zararın belirlenmesi aşamasında etkili

²¹⁵ EREN, 2017, s. 807; KARAHASAN, 2001, s. 62; SAYMEN, 1940, s. 181.

²¹⁶ ANTALYA, 2017, s. 28; KESKİN, 2016, s. 127; KIRCA, 1999, s. 247; SAYMEN, 1940, s. 184; GÜRSOY, 1973, s. 11.

²¹⁷ ARMAĞAN, 1997, s. 223.

²¹⁸ SAYMEN, 1940, s. 77, 169 ve 184; ERTAŞ, 1990, s. 74; ANTALYA, 2017, s. 29; GÜRSOY, 1973, s. 20. Cezai yaptırımın manevi tazminata hükmetmeye engel olmaması yönünden FRANKO, 1973, s. 124.

olmayacağını ve fakat subjektif unsurların değerlendirildiği ikinci aşamada ilgili kararın zarar göreni tatmin edip etmeme durumunun dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir²¹⁹.

Zarar verenin cezai olarak mahkûmiyetine karar verilmesinin zarar gören lehine manevi tazminata hükmetmeye engel olmadığı hususunda duraksamaya mahal bulunmamaktadır. Ancak; manevi zarar bakımından karma görüşü benimsemekle birlikte, ceza mahkûmiyeti kararının manevi tazminat miktarına etki etmesi konusunda bu görüşe ve yukarıda aktarılan diğer görüşe katılmamız mümkün değildir.

Öncelikle, zarar verici fiil nedeniyle zarar veren hakkında verilmiş bir ceza mahkûmiyeti kararının zarar görenin olay nedeniyle uğradığı manevi zararı hafifleteceğinin kabulünün hatalı olduğunu düşünmekteyiz. Nasıl ki, maddi zararın hesaplanmasında zarara sebebiyet veren işlem veya eylemden kaynaklı tüm yararların zarar ile denkleştirilmesi mümkün değilse; Ceza Mahkemesince, “Kanun’da belirtilen unsurların gerçekleşmiş olması” nedeniyle suç işlendiğinden bahisle verilecek bir mahkûmiyet kararının, zarar verenin cezalandırılacağını öğrenen zarar görenin bir nebze tatminin sağlanmış olduğundan bahisle manevi tazminat miktarından indirim sebebi yapılmaması gerekmektedir²²⁰. Bu anlamda, aynı nedensellik bağı ile bağlı biçimde ortaya çıkan bir yarar olarak nitelenemeyecek olan mahkûmiyet kararının alelade bir olumsuz gelişmeden farkı bulunmamaktadır.²²¹ Aynı şekilde, olay nedeniyle yapılan

²¹⁹ ANTALYA, 2017, s. 29.

²²⁰ Alman Federal Mahkemesinin, benzer bir durumda manevi tazminatın ceza mahkûmiyetine rağmen herhangi bir indirim tabi tutulmaksızın ödenmesi gerektiği hakkındaki karar verdiği ilişkin olarak bkz. KESKİN, 2016, s. 138 74 no.lu dipnot. Buna karşın Alman Eyalet Yüksek Mahkemesinin (Celle) aksi yönde kararı da bulunmaktadır. Bkz. ERTAŞ, 1990, s. 74. İsviçre Hukukunda da uygulamanın Alman Federal Mahkemesinin öngördüğü ile aynı yönde olduğuna ilişkin olarak bkz. “Hiçbir ceza mahkemesi hükmü hatta mahkûmiyet kararı kusurun takdirine ve zararın tayinine müteallik hususlarda hukuk hakimini bağlamaz.” (Von TUHR, 1983, s. 386).

²²¹ Aynı görüşte olan Kocayusufpaşaoğlu, bu durumu özetle şu şekilde açıklamaktadır; kişinin manevi tazminat talebinin kabulüyle duyacağı tatmin, davasını kazanan her davacının bozulan adalet duygusunun tamir edilmesi ile duyduğu tatminden farklıdır. Kişilik haklarının korunması ile ilgisi olmayan herhangi bir davanın kazanılması veya karşı tarafın hatasını kabul etmesi gibi durumlarda da bozulan hak ve adalet duygusunda iyileşme sağlanır. Yazar, Yargıtay’ın, *zarar verenin mahkûm olmasının yani haksızlığın sübuta ermesinin zarar göreni oldukça huzura kavuşturduğu ve kısmen*

yargılamalar esnasında zarar gören lehine gerçekleşecek her olumlu gelişme, manevi tazminattan indirim sebebi mi kabul edilecektir?

Üstelik mahkûmiyet kararının tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmesi, zarar göreni, ceza mahkûmiyetinin manevi tazminat talebinden indirim yapılmasına sebebiyet vermesini önlemek için, özellikle şikâyet tabi bir suç söz konusu ise, ceza yargılamasını başlatmaya yönelik prosedürleri manevi tazminat istemli davanın kesinleşmesinden sonraya ertelemeye itebilir²²². Bu da, aynı durumda olan kişiler arasında eşitsiz sonuçlar doğmasına yol açacaktır.

Ceza Mahkemesi kararının zarar göreni tatmin edip etmeme durumunun dikkate alınması ise öznel değerlendirmelere yol açmaya tümünden elverişlidir. Bu değerlendirme nasıl yapılacaktır? Mahkemenin hukuka uygun olarak verdiği kararın davacıyı tatmin edip etmeyeceği hangi kriterlere göre belirlenecektir?

Tazminat miktarının cezai yaptırımdan etkilenmesi olgusunun, indirim sebebi değil de artırım sebebi olup olmama durumu düşünüldüğünde sonuç farklılaşabilir. Zarar verenin cezai olarak mahkûmiyetine karar verilmiş olması, fiilin haksız fiil boyutunu aşır suç niteliği kazanmış olması anlamına geleceğinden, zararın alelade bir fiil yerine suç oluşturan bir fiil sonucu gerçekleşmiş olması hâkimin kanaatini etkileyerek manevi tazminat miktarını artırıcı rol oynayabilir, hatta zarar gören lehine manevi tazminat miktarının daha yüksek miktarda takdir edilmesine yönelik haklı bir gerekçe oluşturabilir, ki bu bakış açısında manevi tazminatın tatmin fonksiyonunun etkisi bulunmamaktadır.

tatmin etmiş olduğu gerekçesiyle hükmedilen manevi tazminat miktarını fazla bularak verdiği bozma kararını, hak ve adalet duygusunun tatmini ile manevi tazminatın sağlayacağı tatmin duygusunun birbirine karıştırılması olarak yorumlamış ve eleştirmiştir. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1980, s. 160. Manevi zararı subjektif görüşle açıklayan yazarlardan İsviçreli hukukçu Riklin'in de benzer yönde açıklamaları bulunmaktadır: Riklin'e göre manevi tazminat davasının; davalının malvarlığından bir eksilme gerçekleşmesi, öncelikle ve bizzat davacının yaşadığı acının dindirilmesi, sonuçta herhangi bir davanın kazanılmasıyla sağlanan tatminden farklı bir tatmin sağlanması amaçlarına yönelik olması onun belirleyici özelliğidir. A.g.e s.394-395'ten akt. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 1980, s. 179.

²²² SEROZAN, Yaklaşım, 1990, s. 85.

İdari yargılama hukuku açısından bakıldığında; kişilerin idari bir faaliyet (işlem, eylem veya sözleşme) nedeniyle zarar görmesi ve zarar verici eylemin aynı zamanda suç teşkil etmesi hali ancak suçun idarenin ajanı olan bir kişi tarafından işlenmiş olmasını gerektireceğinden; idarenin ve ilgili personelin kusuru ve manevi tazminat sorumlulukları birbirinden ayrı olarak değerlendirilecektir. Cezai sorumluluğu bulunmayan idarenin gözetim ve denetim görevini yerine getirmeme, personelin seçimi ve görevlendirilmesinde gerekli dikkat ve özeni göstermeme gibi yönlerden hizmet kusuru söz konusu olabilecek iken, ilgili personelin de kendi kusuru nedeniyle cezai sorumluluğu gündeme gelecek; dolayısıyla sorumluluğun hukuki sebebi farklılaşan her iki öznenin sorumluluğu ayrı yargı düzenlerinde incelenecektir. Bu durumda, idari eylem veya işleminden kaynaklı zarar nedeniyle idareye karşı açılan manevi tazminat istemli tam yargı davasında zarar gören lehine takdir edilecek manevi tazminat miktarı, idarenin ilgili ajanının ceza yargılaması sonucunda suçlu bulunmasından etkilenmemelidir; bu nedenle tazminattan indirim yapılmamalıdır. Bu husus en fazla hizmet kusurunun varlığına karine teşkil edebilir. Kamu görevlisinin, kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında hizmet araçlarını kullanarak işlediği görev kusuru nedeniyle oluşan zararın tamamının idare tarafından karşılanması idarenin sorumluluğunun ortadan kalktığı anlamına gelmeyip, idarenin ilgili personele rücu hakkını gündeme getirir²²³.

İdare ve ajanına karşı ayrı yargı düzenlerinde dava açılması halinde, manevi zararın tek olması nedeniyle yapılan mahsup işlemi farklı bir konuya ilişkindir. Uygulamada, cezai ve idari yargılama süreçlerinin her durumda eş zamanlı olarak yürütülüp sonuçlandırılmadığı dikkate alınarak, aynı zarar nedeniyle mükerrer tazminata hükmedilmesinin önlenmesi amacıyla, İdare Mahkemelerince olay nedeniyle yapılan bir

²²³ Aynı yönde bkz. D. 10. D. 15.10.1996 t. 1806-5983 s.k. akt. ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 267.

ceza soruşturması veya kovuşturması var ise sonucunun beklenmesi genel kural haline gelmiştir²²⁴.

Fiilin suç oluşturması halinin dışında, yalnızca idareye ilişkin olarak, örneğin AİHM tarafından aynı İdarenin daha önceki aynı veya benzer uygulamaları nedeniyle hak ihlaline sebep olunduğuna yönelik bir kararın verilmesinin artırım sebebi yapılması da kanımızca hakkaniyete aykırı olacaktır. Çünkü her olay kendi içinde değerlendirilmelidir.

Manevi tazminatın zarar göreni tatmin etme işlevini gördüğüne ilişkin görüşün bir diğer önemli sonucu da hâkimin görevini kişiyi tatmin etmeye yetecek miktarı belirlemek²²⁵ olarak tespit etmesidir. Yargıtay tarafından bu durum açıkça şu şekilde belirtilmektedir; “(Hâkim tarafından) takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin (doyum) duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. ... Manevi tazminatın tutarını belirleme görevi hâkimin takdirine bırakılmış ise de; hükmedilen tutarın uğranılan manevi zararlar orantılı, duyulan üzüntüyü hafifletici olması gerekir.”²²⁶ Bu durum, manevi tazminata tatmin fonksiyonunun atfedilmesi halinde tazminat miktarının yükselmesi anlamına gelmektedir²²⁷. Şöyle ki; manevi zararın boyutu arttıkça manevi zararlar orantılı olarak tazminat miktarı da artacaktır.

²²⁴ Danıştay 10. D. 25.05.2007 t. 12725-2998 sayılı kararından akt. ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 355; “İdare Mahkemesince, söz konusu olayda idareye yüklenebilecek herhangi bir hizmet kusuru bulunup bulunmadığı belirlenirken, Ceza Mahkemesince verilen beraat kararı ile dosyadaki diğer bilgi ve belgelere dayanılmış ise de; ceza davasında verilen kararın, henüz kesinleşmemesinden dolayı davacının yakınıni öldüren davalı idarenin ajanlarının kusurlu olup olmadıkları konusunda kesin sonuca ulaşılamamaktadır. Bu nedenle, İdare Mahkemesince, Ceza Mahkemesi kararının temyiz aşaması araştırılarak veya beklenilerek hizmet kusuru bulunup bulunmadığı belirlenmek suretiyle maddi ve manevi tazminat istemi yönünden davanın esasının sonuçlandırılması gerekirken; kesinleşmesi beklenilmeyen, ceza mahkemesi kararına dayanılarak, hizmet kusuru bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.” şeklindeki ifadelerle Ceza Mahkemesi kararının kesinleşmesinin beklenmesi gerektiğini belirtmekte ise de; ülkemizde yargılama sürelerinin uzunluğu dikkate alındığında bu yolun yargılamayı geciktirici rol oynamaktan öteye gidemeyeceğini; İdare Mahkemesince karar sonucunun beklenmekle yetinilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

²²⁵ SAYMEN, 1940, s. 93 ve 169.

²²⁶ 21. Hukuk Dairesi 20.02.2020 t. E:2019/3680; K:2020/974 s.k.; 3. Hukuk Dairesi 13.01.2020 t. E:2019/1044; K:2020/43 s.k.; 17. Hukuk Dairesi 26.12.2019 t. E:2018/594; K:2019/12532 s.k..

²²⁷ ARIKAN, 2020, s. 51.

Yargıtay kararlarında sıklıkla manevi tazminatın tatmin işlevine vurgu yapılmakta; manevi tazminatın, bozulan ruh dinginliğinin, duyulan ve ileride duyulacak elem ve ızdırabın kısmen ve imkân nispetinde iadesini amaçladığı²²⁸; zarar görenin hukuka aykırı olan eylemden dolayı bozulan ruhsal dengesinin eski hâline getirilmesi ve duygusal olarak tatmin edilmesi gerektiği belirtilmektedir²²⁹.

*“Manevi tazminat, haksız bir eylemin yarattığı üzüntünün, duyulan elem ve acıların giderilmesini amaçlayan bir ödencedir. Manevi zarar, mal varlığına dokunmayan, yaşam, sağlık, namus, sır, aile mahremiyeti gibi mal varlığı harici varlıklarda meydana gelen azalma olup, bu zarar manevi tazminatla giderilmeye, azaltılmaya çalışılmıştır.”*²³⁰

Danıştay’ın bazı Daireleri tatmin görüşünü benimsemekte; manevi tazminatı, *kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yönelik bir tazmin aracı olarak değil, manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen ve yaşama sevinci ve zevki azalan kişinin manen tatminini sağlamaya yönelik bir tatmin aracı olarak nitelemektedir*²³¹.

Danıştay’ın manevi zararı tazmin aracı değil tatmin aracı olarak görmesi, tazminat miktarının -zarara göre- düşük miktarda hükmedilmesinin temelinde yatan bakış açısı olarak değerlendirilmektedir²³².

²²⁸ 3. HD 13.01.2020 t. kararından.

²²⁹ 4. Hukuk Dairesi 04.02.2020 t. E:2019/1464; K:2020/359 s.k..

²³⁰ 3. Hukuk Dairesi 29.01.2014 t. E:2013/20270; K:2014/1180 s.k..

²³¹ D. 10. D. 13.11.2019 t. E:2019/6162; K:2019/7765 s.k., aynı yöndeki bir diğer karar D. 8. D. 26.12.2019 t. E:2015/3277; K:2019/12759 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:13.06.2020). Bu yöndeki daha eski bir tarihli karar ise şöyledir; “Bir kimsenin hukuka aykırı bir fiil yüzünden çektiği bedeni acılarla, ruhsal elem ve üzüntülerinin hepsine birden manevi zarar denir. Meydana gelen bu manevi zararı karşılamaya yönelik tatmin aracı ise, manevi tazminattır. Manevi tazminat, yalnız bedensel acılara değil, çekilecek acılara da karşılık takdir olunur.” D. 10. D. 18.11.1996 t. 2428-7639 s.k. akt. ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 315.

²³² ARMAĞAN, 1997, s. 226; GÖZLER, 2019, s. 1309.

3. Denkleştirme Fonksiyonu

Manevi tazminatın denkleştirme amacının ve işlevinin olduğu görüşü de manevi zararın subjektif görüşle kavranmasının bir sonucudur. Türk-İsviçre Hukukunda hâkim olan bu görüşe göre; manevi tazminat, manevi zararın giderimini sağlayamaz²³³, “manevi tazminat, “zararın denkleştirilmesini amaçlayan, eksik ve sınırlı bir tazminattır”²³⁴ çünkü kişilik haklarının ihlali nedeniyle ilgilide acı, elem, ruhsal dengenin bozulması şeklinde ortaya çıktığı kabul edilen manevi zarar, ölçülemez ve maddi tazminat gibi matematiksel olarak hesaplanamaz; bu nedenle de para ile giderilmesi mümkün değildir. Manevi tazminat asıl olarak, zarar görenin duyduğu üzüntünün, zarar görene tazminat adı altında verilen ekonomik değer yaratacağı mutluluk ile dengelenmesini amaçlar²³⁵.

Denkleştirme görüşünün temelinde “Acı için haz” (Lust für Leid) mantığı yatmaktadır²³⁶. Bu anlamda manevi tazminat, ihlal nedeniyle kişide oluşan olumsuz duygulara karşı olumlu duygular yaratarak bir denge durumu oluşturmayı hedeflemektedir. Zararın denkleştirilmesi için, manevi tazminat ile zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi zarar görenin içinde bulunacağı duruma, mümkün olduğunca, ulaşılmaya çalışılır²³⁷. Manevi tazminat aracılığıyla zarar görende oluşmasına çalışılan manevi iyileşme, manevi tatmin amacının yerine getirilmesine de hizmet eder²³⁸.

²³³ KESKİN, 2016, s. 133; ANTALYA, 2017, s. 30.

²³⁴ GENÇ ARIDEMİR, 2008, s. 16.

²³⁵ KILIÇOĞLU, A. M., “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, 1984, s. 21; KESKİN, 2016, s. 134; KIRCA, 1999, s. 245; ÖZDEMİR, 2019, s. 133.

²³⁶ KESKİN, 2016, s. 137.

²³⁷ KILIÇOĞLU, A. M., 1984, s. 21; ERTAŞ, 1990, s. 72; GENÇ ARIDEMİR, 2008, s. 13; ANTALYA, 2017, s. 31.

²³⁸ Alman Federal Mahkemesi, ilk olarak 6 Haziran 1955 tarihli Büyük Senato kararıyla, manevi tazminatın zarar göreni tatmin ederek denkleştirme işlevi olduğu görüşünü benimsemiş olup; özellikle kasıt veya ağır ihmal sonucu meydana gelen manevi zararların tazmininde denkleştirme işlevinin yanında tatmin işlevinin de sağlanması gerektiğini kabul etmektedir; İsviçre doktrinde de bu görüşte bazı yazarlar bulunmaktadır. Bkz. ERTAŞ, 1990, s. 69; KIRCA, 1999, s. 246; GENÇ ARIDEMİR, 2008, s. 10; KESKİN, 2016, s. 135; ZEN-RUFFİNEN, 1985, s. 369.

Uygulamada hâkim olan bu görüşün denkleştirerek tatmin veya tatmin ederek denkleştirme olarak ifade edildiği görülmektedir.

Manevi tazminatın denkleştirme işlevi objektif manevi zarar teorisini kabul edenlerce de benimsenmiş; bu halde manevi tazminatın, zarar görene ilişkin (ekonomik durumu, para ile mutlu olma potansiyeli gibi) tüm özel durumların belli ölçüde dışlanarak objektif ve makul düzeyde nesnel bir denkleştirmenin sağlanmasına yönelik olduğu şeklinde yorumlanmıştır²³⁹.

4. Önleme ve Caydırma Fonksiyonu

Manevi tazminatın ilk elde giderici değil, zarar vereni engelleyici, kişilik değerlerine saldırılmasını önleyici olduğunu ileri süren yazarlar²⁴⁰ bulunmakta ise de, bu fonksiyon genellikle manevi tazminatın tatmin²⁴¹ veya -ileride ele alacağımız- telafi²⁴² gibi diğer fonksiyonlarına eşlik eden ikincil bir amaç ve işlev olarak görülmektedir²⁴³. Buna göre manevi tazminat, bir yandan manevi zararın giderimini sağlarken bir yandan da zarar verenin -idari yargı yönünden zarar veren idarenin- zarar verici eylem veya işlemi tekrarlamasını önleyici, toplumun geri kalanını da -idari yargı yönünden diğer idareleri de- zarar doğurması muhtemel bir hukuka aykırı işlemin tesis edilmesinden veya eylemin gerçekleştirilmesinden caydırıcı etki gösterir²⁴⁴.

²³⁹ KESKİN, 2016, s. 134; SEROZAN, Yaklaşım, 1990, s. 88 ve 96; Gurzeler ve Jaeger'den akt. ATLAN, 2015, s. 65.

²⁴⁰ Gerhard Wagner, "Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen" ZEuP, 2000 s. 201; Steffen, "Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzung", s. 11. Akt. GENÇ ARIDEMİR, 2008, s. 10.

²⁴¹ ERTAŞ, 1990, s. 80; SEVGİLİ GENÇAY, 2019, s. 251. Sevgili Gençay'a göre manevi tazminatın tatmin amacına ulaşması ancak idarenin kusurundan dolayı cezalandırılması ile mümkündür.

²⁴² KESKİN, 2016, s. 130-131 ve 140; KIRCA, 1999, s. 251 ve 265; SEROZAN, Yaklaşım, 1990, s. 88; ÇELİK, 2006, s. 58. Çelik'e göre caydırıcılığın sağlanması ancak manevi tazminatın objektif bir ölçüye tabi kılınmasıyla mümkündür (ÇELİK, 2006, s. 69).

²⁴³ ANTALYA, 2017, s. 29 ve 32.

²⁴⁴ "Hukuk düzeni haksız olduğunu kabul ettiği fiillerin tekrar edilmesine ve artmasına kayıtsız kalamaz. Haksız fiile prim veren bir hukuk hem kabul ettiği prensiple çelişme haline düşer, hem de cemiyet hayatında düzeni sağlama fonksiyonunu ifa etmemiş olur. Bundan dolayı haksız fiil hukuku sadece zararın ödetirilmesini değil, zararın ve haksız fiilin önlenmesini, bu fiillerin fail veya başka şahıslar

Caydırıcılığın sağlanması amacı ve etkisi, hükmedilecek tazminat miktarının artırılması gereğini beraberinde getirecektir ki bu durum, belirli kişilik haklarının ihlalinin ya da örneğin işkence vb. ağır ihlallerin engellenmesi için daha da önemli hale gelecektir²⁴⁵.

Ancak her olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerektiği de unutulmamalıdır. Bir idarenin süregelen bir biçimde hizmeti kusurlu olarak yürütmesi ile farklı zamanlarda birden fazla kişinin manevi zarara uğramasına sebebiyet vermesi halinde, münferit olarak her bir uyuşmazlıkta manevi tazminat miktarının önceden gerçekleşmiş olan olay ve zararlara bakılarak artırılması mümkün gözükmemektedir, aksi halde manevi tazminat cezalandırıcı bir ödentiyeye dönüştürülmüş olacaktır ki ileride detaylı olarak ele alınacağı üzere idarenin sorumluluğu cezai sorumluluktan farklıdır.

Doktrinde, manevi zararı objektif görüşle açıklayanlardan, manevi tazminat miktarının; maddi tazminat gibi mümkün olduğunca zarar miktarına eşitlenmesi gerektiğini, caydırıcılık sağlamak amacıyla artırılmasının kişilik haklarının korunması açısından etkili olabileceğini kabul etmekle beraber bunun objektif manevi zarar teorisiyle bağdaşmadığını, gelecekteki muhtemel ihlallerin engellenmesi için manevi tazminat miktarında artırıma gidilmesinin hukuken kabul edilemez olduğunu, manevi tazminatın önleme etkisinin doğrudan ve özele yönelik addedilemeyecek kadar genel olduğunu savunanlar da olmuştur²⁴⁶.

Uygulamada manevi tazminatın önleme ve caydırma fonksiyonuna özel önem verilmektedir.

tarafından tekrar edilmemesini de sağlayabilmelidir.” Karayalçın, Yaşar, “Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”, AÜHFD, 1962, C.19, s. 251 vd.’dan akt. KIRCA, 1999, s. 251.

²⁴⁵ Alman idari yargı uygulamasında, özellikle ağır kişilik ihlallerinde manevi tazminatın önleyici ve caydırıcı işlevinin olduğu kabul edilmektedir. Bkz. ANTALYA, 2017, s. 30; SEROZAN, Yaklaşım, 1990, s. 89; ERTAŞ, 1990, s. 82.

²⁴⁶ Gurzeler, Neuner ve Landolt’tan akt. KESKİN, 2016, s. 132 ve 140.

Yargıtay'ın birçok kararında manevi tazminatın bu fonksiyonuna dikkat çektiği görülmektedir. Manevi tazminat *“kişinin, hukuka aykırı olan eylemden dolayı bozulan manevi dengesinin eski haline dönüşmesi, duygusal olarak tatmin edilmesi, zarar verenin de bir daha böyle bir eylemde bulunmaktan alıkonulması amacını güder.”*²⁴⁷ *“Manevi tazminat davalarında, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplardan çıkılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır. Bu ilkeler gözetildiğinde; aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değer telafi etmesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek; öte yandan da zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla, caydırıcı olabilmektir. (HGK 23.6.2004, 13/291-370)”*²⁴⁸ *“...gelişen hukuktaki yaklaşıma da uygun olarak tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır. (HGK 23.6.2004, 13/291-370)”*²⁴⁹

Danıştay da manevi tazminatın önleme ve caydırıcılık işlevini kabul etmekte ve önemsemekte, manevi tazminatın bu işlevine vurgu yaparak bu yönüyle miktarı artırımı sebebi olarak kullanmaktadır. *“Manevi tazminat, evrensel hukukta eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuru da ön plana alınmaktadır. Gelişen hukuktaki bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde, tatmin olma duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiğini de*

²⁴⁷ Hukuk Genel Kurulunun aynı gerekçeli kararı için bkz. 27.06.2012 t. E:2012/4-179; K:2012/412 s.k..

²⁴⁸ 21. Hukuk Dairesi 09.12.2019 t. E:2019/429; K:2019/7560 s.k..

²⁴⁹ 21. Hukuk Dairesi 25.06.2020 t. E:2019/2529; K:2020/2747 s.k.. Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. ARIKAN, 2020, s. 52 158 no.lu dipnot.

ortaya koymakta ve vücut bütünlüğü yanında ruh sağlığını da içeren kişi haklarının önemini vurgulamaktadır.

Manevi tazmin ile amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek değil, hizmet kusuruyla zarar veren idareyi, gerekli dikkat ve özeni gösterme konusunda etkili biçimde uyarmaktır.”²⁵⁰

Bu hususa ilişkin olarak, Münevver Karabulut’un ölümünün ardından Adli Tıp Kurumu Morg İhtisas Dairesince yapılan otopsi sonucu düzenlenen raporda, ölenin iç çamaşırında sperm bulunduğunun belirtilmesine rağmen sonrasında Cumhuriyet Savcılığınca yapılan istek üzerine Biyoloji İhtisas Dairesince yapılan araştırma sonucunda düzenlenen ikinci raporda, ilk raporun gerçeği yansıtmadığı, sperm örneğinin Adli Tıp Morgunda görevli personelin trafik kazasında vefat eden olay dışı başka bir kişinin otopsi işlemi ile ilgilenirken kullandığı eldiven ile Münevver Karabulut’un iç çamaşırına dokunması sonucu eldivenden bulaştığı tespit edilmiştir. Münevver Karabulut’un ailesi tarafından; Adli Tıp Kurumunca düzenlenen ilk raporda hata sonucu ölen yakınlarına ait iç çamaşırdaki sperm olduğunun belirlenmesinin onur ve haysiyetlerini zedelediği, büyük bir acı ve elem duymalarına sebep olduğundan bahisle anne ve baba için ayrı ayrı 100.000,00-TL, kardeş için 50.000,00-TL olmak üzere toplam 250.000,00-TL manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesi istemiyle dava açılmıştır.

İdare Mahkemesince, idarenin dikkatsiz ve özensiz eylemleri nedeniyle hatalı rapor düzenlendiği hususunun sabit olduğu ve olayın meydana gelmesinde idarenin hizmet kusuru bulunduğu, hatanın yine kurum tarafından gerekli inceleme ve araştırma yapılarak düzeltildiği hususlarının birlikte değerlendirildiği belirtilerek anne ve baba için 10.000,00-TL, kardeş için 5.000,00-TL olmak üzere toplam 25.000,00-TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Anılan kararı temyizen inceleyen Danıştay 10. Dairesi ise;

²⁵⁰ D. 15. D 15.04.2015 t. E:2014/5076; K:2015/2184 s.k. (UYAP kapalı ortamından e.t.:21/06/2021).

“Tam yargı davalarının hukuki niteliği gereği takdir edilecek manevi tazminatın, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak, hukuka aykırılığı özendirmeyecek, bir başka ifadeyle benzer olayların yaşanmaması için caydırıcı ve aynı zamanda cezalandırıcı bir miktarda olması gerekmektedir.

Dava konusu olayda, davalı idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu, kusurun niteliği ve ağırlığı, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alındığında, davacılar için mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarının, duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa giderecek, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığı görülmektedir.”²⁵¹ şeklindeki gerekçeyle mahkemece davacılar için takdir edilen manevi tazminat miktarının yetersiz olduğunu belirterek kararın manevi tazminat taleplerinin reddine ilişkin kısmını davacılar lehine bozmuştur.

Bozma kararına uyulmak suretiyle verilen kararda ise İdare Mahkemesi, davacıların yakını olan Münevver Karabulut’un, “elim ve vahşi bir cinayet sonucunda hayatını kaybettiği ve bu cinayetin uzun bir süre kamuoyunu meşgul ettiği ve davacıların cinayetin vahşeti, hem de basın ve toplumun aşırı ilgisinden dolayı büyük bir mağduriyet yaşadıkları, hal böyleyken maktûlün iç çamaşırlarında bir de sperm bulunduğu hususunu otopsi raporu ile öğrenmeleri üzerine bu mağduriyetin katlanarak arttığı, davalı idare personelinin, olayın bütün kamuoyunca bilindiği ve takip edildiği de göz önüne alındığında, daha önceki bir bedenin otopsisinde kullanılan eldivenler değiştirilmeksizin davacıların yakınının da otopsisinin bu eldivenleri kullanarak gerçekleştirilmesi, sonucunda sperm bulgusunun ortaya çıkması üzerine, daha detaylı bir inceleme yapılmaksızın bu olguya otopsi raporunda da yer vererek, maktûlün vefatından önce cinsel ilişkiye girdiği düşüncesinin ailesinde yer etmesine neden olduğu”

²⁵¹ D. 10. D. 09.03.2017 t. E:2015/1161; K:2017/1360 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:30.10.2020); Aynı yönde bkz. D. 8. D. 04.03.2020 t. E:2016/14658; K:2020/1496 s.k.; D. 14. D. 23.10.2018 t. E:2018/3614; K:2018/6301 s.k.; D. 6. D. 02.07.2018 t. E:2014/10611; K:2018/6375 s.k.; D. 15. D. 22.03.2018 t. E:2017/3101; K:2018/2803 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:02.05.2021).

yolundaki detaylı değerlendirmeye yer vererek manevi zararın oluşma koşullarını ve hükmedilecek manevi tazminatı etkileyen olaya özgü unsurları açıklamak suretiyle olayın meydana geliş şekli, davalı idare personelinin kusuru, davacıların olay nedeniyle duydukları acı ve elem göz önüne alındığında, manevi tazminat talebinin kabulü gerektiği gerekçesiyle manevi tazminat istemlerinin tamamının kabulüne karar vermiştir²⁵².

Danıştay’ın farklı Dairelerince kullanılan, yukarıda aktarılan kararda da yer alan, caydırıcı olmanın yanına eklenen “aynı zamanda cezalandırıcı olma” kriteri tartışmaya değerdir²⁵³.

Doktrinde *Sevgili Gençay* bu gerekçeyi manevi tazminatın üst sınırı olarak görülen “sebepsiz zenginleşmeye yol açmama” ve “felaketi özlenir hale getirmeme” gibi davacı aleyhine sınırlamalardan, verdiği zarardan sorumlu olan idarenin kusurunun belirleyici olduğu bir anlayışa geçilmesi olarak yorumlamıştır²⁵⁴. Cezalandırıcı olmaya yapılan vurgunun da manevi tazminatın hukuki niteliğini “yaptırım” a yaklaştırdığını savlamıştır.

Geçen zamanda Danıştay uygulaması göstermektedir ki; bu yönde verilen kararlar ne bir dönüm noktası ne de bir anlayış değişikliğini temsil etmektedir. Manevi tazminatın

²⁵² Sırasıyla kararların künyeleri İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 28.12.2010 tarihli ve E:2010/771; K:2010/2559 sayılı kararı, Danıştay 10. Dairesinin 25.05.2015 tarihli ve E:2011/6005; K:2015/2532 sayılı kısmen onama kısmen bozma kararı ve yine İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 25.04.2017 tarihli ve E:2017/772; K:2017/940 sayılı bozmaya uyma tam kabul kararı şeklinde olup anılan son karar henüz kesinleşmemiştir.

²⁵³ Bu kriterin kullanıldığı, UYAPkapalı ortamından tespit edilebildiği kadarıyla, en eski karar; davacıların çocuklarının öğrencisi oldukları okula yakın mesafede bulunan kuru dere yatağında bir grup çocukla birlikte oynadıkları sırada çocuklardan birinin bulduğu bir cismi kayaya vurması sonucu meydana gelen patlamada yaralanmaları, yine davacıların bir çocuğunun da olay nedeniyle yaşamını yitirmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemiyle açtıkları davada; İdare Mahkemesince anne ve baba için 2.000,00’er TL, %30 ve %15 oranlarında kalıcı vücut fonksiyon kaybına uğrayan ölenin kardeşi davacı küçükler için 3.000,00-TL ve 1.000,00-TL manevi tazminatın kabulü yolunda verilen kararın, meskûn mahale yakın olduğu anlaşılan patlama bölgesinin tehlikeli maddelerden arındırılarak güvenliğini sağlama veya güvenliği sağlanamayan bölgeye girişe uyarıcı işaretlerle engel olunması hususundaki görevini yerine getirmeyen davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu, olayın oluş şekli ve zararın niteliğine göre, mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarlarının duyulan üzüntüyü kısmen de olsa giderecek ve davalı idarenin olaydaki kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığı gerekçesiyle davacılar lehine bozulmasına ilişkindir. D. 10. D. 15.10.2012 t. E:2008/725; K:2012/4892 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t. 19.05.2020).

²⁵⁴ SEVGİLİ GENÇAY, 2019, s. 242.

cezalandırma fonksiyonunu ele alırken bahsettiğimiz üzere, en başta sorumluluk hukukunun tazmin edici karakteri cezalandırma amacı ile bağdaşmamaktadır. Kararda yer alan görünüşteki ek -caydırıcılığı destekleme anlamında ek- kriter aslında yalnızca davalı idarenin ödemekle yükümlü tutulduğu tazminat miktarının artırılmasına hizmet etmekte, “sebepsiz zenginleşmeye yol açmama” ve “felaketi özlenir hale getirmeme” ölçütleri her kararda yeniden hatırlatılmakta; manevi tazminat miktarının fazla bulunduğu kararlarda sıklıkla bozma sebebi yapılmaktadır. Bu anlamda, Çelik’in “cezalandırma”nın, caydırıcılık olarak anlaşılması halinde kabul edilebilir bir fonksiyon olduğu görüşü bizce daha makul gözükmektedir²⁵⁵.

Öte yandan, mevcut uygulamanın manevi tazminatın önleme ve caydırma fonksiyonunu kusurlu sorumluluk haline özgü kıldığı söylenebilir, zira kusurun olmadığı yerde idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak, hukuka aykırılığı özendirmeyecek olma durumundan bahsedilemeyecektir²⁵⁶.

5. Telafi (Giderim) Fonksiyonu

Manevi zararın objektif yaklaşımla ele alınışı, manevi tazminata kişilik değerlerindeki objektif eksilmenin giderilmesi işlevinin yüklenmesine kaynaklık etmiştir. Bu görüşe göre, tazminat olarak verilen miktar maddi zararda malvarlığındaki eksilmeyi giderdiği gibi manevi zararda şahıs varlığındaki eksilmeyi giderir. Dolayısıyla manevi tazminat, dış ihlal zararının nesnel karşılığı olmaktadır²⁵⁷.

²⁵⁵ Aslında Sevgili Gençay da çalışmasının devamında (Bkz. s. 244-246 ve 250); idarenin tazminle yükümlü tutulmasının yaptırım fonksiyonunun bulunmadığı, kusurun ortaya konulmasının ahlaki bir kınama niteliğinde olduğu, tüzel kişinin tazminat yükünü ceza olarak algılamasının mümkün olmadığı yolundaki görüşlere yer vererek yaptığı değerlendirmelerle bu “cezalandırma”nın aslında sözde oluşunu yine kendisi ortaya koymaktadır. Düşüncemize göre, idarenin yargısal denetimden kaçma ve sorumluluğu reddetme refleksi, yüksek miktarda hükmedilen tazminatları ceza niteliğine dönüştürmek için yeterli değildir.

²⁵⁶ Dolayısıyla Sevgili Gençay’a, manevi tazminatın kusurlu sorumluluk halinde yaptırım fonksiyonunun bulunduğu görüşüne (SEVGİLİ GENÇAY, 2019, s. 247), esas yönünden değil; bakış açısı itibarıyla katılmaktayız.

²⁵⁷ SEROZAN, Yaklaşım, 1990, s. 83.

Bu görüşü savunanlar²⁵⁸; maddi tazminatın hesaplanmasına olduğu gibi, paranın; zararın -hissedilip hissedilmemesi veya zarar nedeniyle acı, üzüntü, keder hissedilip hissedilmemesi önemli olmaksızın- giderilmesine yarayacağını, bu nedenle de ayırt etme gücünden yoksun olan kişiler ve tüzel kişilerin manevi tazminat taleplerinin kabul edilmesi, diğer bir deyişle manevi zararın kişinin manevi tazminat olarak ödenecek parayı kullanma isteği ve yeteneği önemli olmaksızın karşılanması, tazminat miktarının zarar görenin kendine özgü koşul ve özelliklerinden etkilenmeksizin belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedirler²⁵⁹.

Subjektif koşullardan arındırmaya ilişkin olarak benimsenen yaklaşım şu açıdan da kendisini göstermektedir. Telif görüşü, tatmin görüşünü aktarırken değindiğimiz²⁶⁰ manevi zararı doğuran fiilin aynı zamanda suç oluşturması nedeniyle cezai yaptırıma tabi tutulmuş olması halinde tazminat miktarının bundan etkilenmesi gerektiği düşüncesini reddeder. Telif görüşüne göre, “*manevi tazminat, hukukun diğer yaptırım ve mekanizmalarından, örneğin aynı olay nedeniyle hükmedilen maddi tazminat, miras payı ve ceza mahkûmiyeti kararından etkilenmez.*”²⁶¹ Dolayısıyla bu açıdan telif görüşünün yaklaşımını benimsemekteyiz.

Telif görüşü, manevi tazminat adı altında yapılan ödemenin yalnızca zararı tazmin etmeye yönelik olduğunu, ne zarar vereni cezalandırmayı ne de zarar göreni tatmin veya teselli etmeyi amaçladığını savunarak ilgili görüş ve kabulleri reddeder²⁶².

Manevi tazminatın işlevi yönünden en tutarlı görüşün telif görüşü olduğunu savunan Çelik, bu işlevin de manevi tazminata maddi tazminatın eksikliğini giderici

²⁵⁸ EREN, 2017, s. 808; KESKİN, 2016, s. 125; ARAT, 2013, s. 193; KIRCA, 1999, s. 252.

²⁵⁹ EREN, 2017, s. 809; KIRCA, 1999, s. 261 vd.; KESKİN, 2016, s. 258.

²⁶⁰ Bkz. “Tatmin Fonksiyonu” başlığı

²⁶¹ Laeger, Oetker, Ebert, Lorenz, Canaris, Wagner’dan atıfla ANTALYA, 2017, s. 26.

²⁶² EREN, 2017, s. 809; KIRCA, 1999, s. 252.

sosyal yardım benzeri bir denkleştirme işlevi yüklenmesiyle tamamlanması gerektiği düşüncesindedir²⁶³.

Doktrinde Tercier ve Antalya, manevi tazminatın hem tatmin hem telafi amacına yönelmesi gerektiğini, yani manevi tazminat ile bir yandan davacının acılarının hafifletilmesi bir yandan da zararının giderilmesi gerektiği şeklinde karma bir görüşü benimsemektedir²⁶⁴. Antalya’ya göre, önce manevi zararın telafi edilmesi sonra zarar görenin tatmin edilmesi gerekmektedir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere Danıştay tarafından manevi zarara ilişkin olarak objektif yaklaşım benimsenmemiş olduğundan, salt ve burada aktarmaya çalıştığımız haliyle telafi fonksiyonunun öne çıkarıldığı karar örneği bulunmamakla birlikte, “kötü bir etkiyi veya sonucu başka bir etki ile yok etme, karşılama, yerine koyma”²⁶⁵ anlamıyla telafiden bahsedilmektedir. Nitekim Danıştay 13. Dairesi bir kararında manevi tazminatı “kişilik haklarının ihlâli hâlinde meydana gelen eksilmenin, başka türlü giderim yolunun bulunmaması nedeniyle, uğranılan manevi zararın kısmen de olsa telafi edilmesini sağlayan manevi bir tatmin aracı” olarak tanımlamıştır.

Yargıtay’ın güncel içtihadına bakıldığında manevi tazminatın giderim fonksiyonuyla anlamlandırıldığı kararların ağırlık kazandığı görülmektedir²⁶⁶.

²⁶³ ÇELİK, 2006, s. 54.

²⁶⁴ DESCHENAUX & TERCİER, 1983, s. 213; ANTALYA, 2017, s. 30 vd.. Karma görüşü savunanlara göre, manevi tazminatın belirlenmesinde; olaya etki eden tüm durum ve koşullar ile kişilik haklarına yönelik saldırının niteliği kadar zarar görenin kişiliği de dikkate alınarak zararı telafi etmeye yetecek miktara ulaşılması amaçlanmalıdır.

²⁶⁵ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (E.t.:09.01.2021).

²⁶⁶ Bkz. s. 18-19, 60 ve 61 numaralı dipnotlar.

6. Sembol Görüşü

Manevi zararların para ile tazmin edilemeyeceğine ilişkin katı anlayışın yumuşatılmış bir şeklini oluşturan²⁶⁷ bu görüş, bir kişinin haksız yere zarar gördüğünü, diğer bir deyişle kişiye zarar veren fiilin haksızlığını kabul ve ilan etmenin zararın telafisi için yeterli olduğu fikrine dayanmaktadır. Burada zararın giderimi değil, hakkın teslimi ön plana çıkmaktadır ki manevi tazminatın, “gönül alma akçası”²⁶⁸ olarak nitelendirilmesi bu tazminatın sembolik bir miktarda olması gerektiği düşüncesinin savunulması ile aynı mantığa tekabül eder.

Elbette kişinin 1 TL ya da 5 kuruş gibi sembolik rakamları talep etmesi hali farklı biçimde değerlendirilmelidir. Bu durumda zarar görenin bizzat kendisi, manevi tatmine ulaşacağı meblağı belirlemiş, belki de haksızlığa uğradığının mahkemece ortaya konulmasının kendisi için yeterli olduğunu açıkça ifade etmiş²⁶⁹ olmaktadır. Ancak bu kapsamda verilen kararın TBK m. 58/1 kapsamında olduğunu, yani manevi tazminat talebinin kabulü yolunda bir karar olduğunu; m. 58/2 kapsamında olmadığını, dolayısıyla diğer bir giderim biçimine hükmedilmiş olunmadığını düşünmekteyiz²⁷⁰.

Arıkan, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler ile tüzel kişiler yönünden; tazminatın tatmin ve telafi fonksiyonunun söz konusu olmadığını ancak yine de bu kişilerin davacı olduğu uyuşmazlıklarda sembolik de olsa bir miktara hükmedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür²⁷¹. Oysa bir yandan manevi zarar yönünden objektif görüşün benimsendiği açıkça belirtilirken diğer yandan manevi tazminata kişilikte oluşan objektif eksilmenin telafi edilmesi işlevinin yüklendiği telafi unsurunun oluşmadığını ileri sürmek

²⁶⁷ Jean-Pierre DUBOIS, *La responsabilité administrative*, Edition La Découverte, Paris 1996, s. 110’dan akt. ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 197.

²⁶⁸ Aytekin M. Ataay - İsmet Sungurbey, *Açıklamalı Medenî Kanun ile Borçlar Kanunu, Yeniden gözden geçirilmiş ikinci bası*, İstanbul 1963, BK m. 49’a ilişkin not. Akt. NOMER, 2000, s. 225.

²⁶⁹ Aynı yöndeki değerlendirme için bkz. TEKİNAY vd., 1993, s. 683; FRANKO, 1973, s. 173-174.

²⁷⁰ Aksi yönde düşünce için bkz. FRANKO, 1973, s. 174.

²⁷¹ ARIKAN, 2020, s. 59.

çelişki yaratmaktadır, çünkü zaten telafi fonksiyonu zarar görenin duygu durumunun dışlanması mantığına dayanmaktadır. Dahası “sembolik de olsa bir miktara hükmetme” ifade ve düşüncesi, bu kişilerin uğradığı kişilik hakkı ihlallerinin ikincil önemde yahut görece değersiz görüldüğü izlenimi vermekte, bu kişilerin manevi zarara uğraması halinde doğacak uyuşmazlıklarda hâkimin zararın ağırlığı, kusurun ağırlığı gibi esaslı unsurları gözetmeksizin yüzeysel bir değerlendirme yapmasını öğütlemekte, bu yönüyle bu kişilerin hukuki korumadan eksik yararlanmasına yol açabilme ihtimali ile miktar açısından da eşitlik ve hakkaniyete aykırı sonuçlarla karşılaşmasına yol açabilme ihtimalini doğurmaktadır. Bu yönüyle katılmamız mümkün gözükmemektedir.

AYİM uzun yıllar boyunca sembolik görüşü benimsemiş, bu nedenle de eleştirilmişse de; Mahkemenin kaldırılmadan önce verdiği son kararlar incelendiğinde, yalnızca sembolik görüşün açıkça benimsendiği gerekçe kısmının yazım şeklinin değiştirildiği; sonuçta, davacıya ödenmesine hükmedilen miktarların sembolik miktarlar olmaktan öteye gidemediği görülmekte, dolayısıyla bu görüşü terk ettiğini söylemek mümkün gözükmemektedir²⁷².

Danıştay genel olarak bu görüşü benimsememekle birlikte, bu yönde verilmiş eski tarihli kararlar bulunmaktadır²⁷³.

²⁷² Örneğin 2012 yılında Siirt ili Pervari ilçesinde gerçekleştirilen askeri hava operasyonunda şehit olan kişilerin yakınlarının açtığı davalar hakkında verilen kararlarda; olay nedeniyle duyulan ve ömür boyu duyulacak olan acı ve üzüntülerin kısmen de olsa giderilebilmesi amacıyla kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davacıların manevi zararlarının karşılanması gerektiği gerekçesiyle, ölenin eşi olan davacıya 21.000,00-TL, bekâr olan bir başka ölenin kardeşleri için 6.000,00 TL, anne ve babası için sırasıyla 18.000,00-TL ve 11.000,00-TL manevi tazminat ödenmesine hükmedildiği görülmektedir. Olay tarihi ve karar tarihi de gözetilerek bakıldığında, anılan miktarların şehit yakınları olan davacıların olay nedeniyle uğradıkları manevi zararları karşılamaya yeter miktarda olmadığı, sembolik denecek düzeyde kaldığı düşünülmektedir. (Sırasıyla; 07.04.2016 t. E:2013/1027; K:2016/777 ve 07.10.2015 t. E:2014/107; K:2015/1552 sayılı AYİM İkinci Dairesi kararları) (UYAP kapalı ortamından E.t.:19.05.2020). Gözler, AYİM’in manevi tazminat olarak hükmettiği miktarların Danıştay’ın hükmettiği miktarlardan fazla olduğu yolunda bir değerlendirmede bulunmuşsa da (GÖZLER, 2019, s. 1310); daha ileride alacağımız manevi tazminatın denkleştirilmesi konusundaki yaklaşımının da etkisiyle AYİM’in, en yeni tarihli kararları dikkate alındığında, zaman içinde bu anlamda Danıştay’ın gerisinde kaldığı sonucuna varılmaktadır.

²⁷³ Dava Daireleri Kurulu’nun 26.12.1969 tarihli ve E:1968/333; K:1969/948 sayılı kararında; davacının genel müdürlük görevinden alınarak başka bir göreve atanmasına ilişkin işlemin hukuka aykırı bulunarak iptal edilmesi sonrasında bu işlem nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, manevi tazminat istemi yönünden, haksızlığı yargı kararıyla ortaya

Tazminat miktarlarının sembolik düzeyde kalıp kalmadığı uyuşmazlık konusu olayın tüm özelliklerine bakılarak yapılsa da göreceli bir değerlendirme arz edebilir. Doktrinde *Gözler*, karar tarihlerindeki kura göre dolar karşılığı üzerinden yaptığı değerlendirmede hem AYİM'in hem Danıştay'ın hükmettiği miktarların sembolik düzeyde kaldığını, bunun da her iki mahkemenin manevi tazminatı tazmin aracı değil tatmin aracı olarak görmelerinden kaynaklandığını açıkça ifade etmektedir²⁷⁴.

Bu görüş, *manevi zararın ölçülemeyeceği, ölçülmeye çalışılmaması gerektiği, gerçek bir zarar olmadığı, tazmin edilmesine de gerek olmadığı* gibi olumsuz yaklaşımlara karşı kişilik haklarının korumasız bırakılmamasını sağladığı için olumlu değerlendirilebilirse de; mahkemece hükmedilecek sembolik miktarların zarar göreni tatmin etmeyebileceği ve zararın giderimi için yeterli olmayabileceği²⁷⁵, hatta meblağın düşüklüğünün zarar göreni incitici ve dahi toplum vicdanını yaralayıcı olabileceği göz ardı edilmemelidir²⁷⁶.

konulmuş işlemin davacıda yarattığı acı ve üzüntünün iptal hükmüyle -bir nebze- telafi edilmiş olacağından bahisle sembolik miktarda bir lira manevi tazminatın davalı idarece davacıya ödenmesine karar verilmiştir. Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere karar bu yönüyle genel uygulamanın aksi yönünde oluşmuş; nitekim bu karara yöneltilen karşı oylardan birinde; manevi tazminatın, çekilen acı ve üzüntünün silinmesi imkânsız olmakla birlikte kısmen de olsa telafi edilmesi amacıyla davacıya yapılan bir ödeme olduğu; Mahkemelerce ve Danıştayca bugüne kadar, bir yandan davacının ruh hali ve duyguları bir yandan da idarenin kusur derecesi göz önüne alınarak manevi tazminat miktarı belirlenirken; uyuşmazlıkta davacı için hükmedilen sembolik miktarın onu manen tatmin etmekten ziyade acısını artıracak, kararın yerleşik içtihadı ve hakkaniyete aykırı olduğu, en az 5.000 lira tazminata hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. (ESİN, 1973, s. 308-310).

²⁷⁴ GÖZLER, 2019, s. 1309.

²⁷⁵ SAYMEN, 1940, s. 90-91.

²⁷⁶ AYİM'in kaldırılmasından önce verdiği, dolayısıyla görece güncel tarihli, kararlarında şehit yakınlarına 5.000,00-TL'nin altında miktarlara hükmettiği görülmekle; hem AYİM'in sembolik manevi tazminat içtihadından vazgeçmediği tezimiz doğrulanmakta hem de bu kararların toplum vicdanını yaralayıcı boyutta olduğunu söylemek mümkün olmaktadır.

C. Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Fonksiyonuna İlişkin Yaklaşımların Değerlendirilmesi

Manevi tazminatın hukuki niteliğine ve hukuken nasıl bir işlev gördüğüne yönelik olarak benimsenen görüşün tazminat miktarının saptanmasında etkili olacağı açıktır²⁷⁷.

Subjektif manevi zarar görüşüne dayanan fonksiyonlar, bu görüşün eleştirisiyle koştur biçimde; hissetme yeteneğine sahip olmadığı kabul edilen kişiler yönünden manevi tazminatın tatmin, denkleştirme, önleme, caydırma, cezalandırma işlevlerini yerine getiremeyeceği dolayısıyla bu kişiler yönünden manevi tazminatın işlevsiz kalmasına yol açacağı²⁷⁸; kesin olarak ölçülmesi mümkün olmayan ancak denkleştirilmesi veya karşılığında tatmin duygusunun yaratılması amaçlanan duygu zararı için öngörülecek tazminat miktarının özellikle zarar görenin ekonomik durumundan etkileneceği, çünkü zengin bir kişiyle fakir bir kişinin aynı miktarda tazminat ile tatmin edilmesinin mümkün olmayacağı, dolayısıyla aynı zararın tazmini için farklı tazminat miktarlarının belirlenmesiyle eşit ve adil olmayan sonuçlara ulaşılacağı²⁷⁹; tatmin duygusuna ve cezalandırma amacına dayalı görüşlerin kusursuz sorumluluk halinde manevi tazminatın işlevini açıklamakta yetersiz kaldığı²⁸⁰ gerekçeleriyle eleştirilmiştir.

Esasen tatmin görüşünün kusursuz sorumluluk halinde manevi tazminatın işlevini açıklamakta yetersiz kaldığı eleştirisi Alman Hukukuna hâkim bakış açısından kaynaklanmaktadır. Alman Federal Mahkemesince, tatmin fonksiyonunun cezalandırma fonksiyonuyla bağdaştırılması sonucu, gerek manevi zararın varlığının denetiminde gerekse manevi tazminat miktarı belirlenirken zararın boyutu ile zarar verenin kusuru

²⁷⁷ “Bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir.” 21. Hukuk Dairesi 20.02.2020 t. E:2019/3680; K:2020/974 s.k..

²⁷⁸ EREN, 2017, s. 807; KESKİN, 2016, s. 137.

²⁷⁹ SEROZAN, Yaklaşım, 1990, s. 84; KIRCA, 1999, s. 258; KESKİN, 2016, s. 137; ÇELİK, 2006, s. 65.

²⁸⁰ EREN, 2017, s. 807; ERTAŞ, 1990, s. 66, 71; KIRCA, 1999, s. 258 vd.; KILIÇOĞLU, A. M., 1984, s. 20.

birlikte değerlendirilmiş, dolayısıyla kusurun olmadığı halde sorumluluğun da olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Aslında burada zarar görenin ancak zarar verene ödeterek tatmin olabileceği, kusursuz sorumlunun yaptığı ödemenin tatmine elverişli olmadığı düşüncesinin olduğu da söylenebilir. Hatta, manevi tazminatın ceza ile tazminat arasında kendine özgü bir yere konumlandırılması da, bu tazminat talebinin kabul edilmesi için özel olarak zararın ağırlığının aranmasına yol açmıştır. Oysa, İsviçre Hukukunda manevi tazminatın cezalandırma amacı barındırmadığı açıkça kabul edildiğinden; manevi tazminata hükmedilmesi için sorumluluk halinin bulunmasının yeterli olduğu, kusur şartının aranmayacağı tatmin görüşünü savunanlarca da kabul edilmiştir. Türk hukuku açısından da, özellikle Eski Borçlar Kanunu'nda 1988 yılında yapılan değişiklikle manevi tazminat talebi için ağır kusur şartının kaldırılması sonrasındaki süreçte bu eleştirinin dayanaksız kaldığı açıktır²⁸¹.

Manevi tazminatın hukuki niteliğine ilişkin olarak; bu tazminatı sırf malvarlığına ilişkin bir zararın tazmin edilmesine yönelik olmadığı gerekçesiyle Tazminat Hukuku alanından uzaklaştırarak ona cezai nitelik yükleyen görüşlerin kabulü en başta, zarar kavramının artık geniş anlamıyla kullanılıyor olması nedeniyle mümkün gözükmemektedir. Malvarlığı değerleri gibi kişivarlığı değerleri de hukukça korunmaktadır. Manevi tazminatı maddi tazminattan ayıran kendine has özellikleri bulunmakla birlikte bu tazminatın cezai bir yaptırım değil, özel hukuk yaptırımı niteliğinde bulunduğu açıktır.

Manevi tazminatın fonksiyonuna ilişkin olarak; her ne kadar bu tazminatın temel amacının zarar verenin cezalandırılması olduğu görüşü geride bırakılmış olsa da, bu amacın, manevi tazminatın tatmin, denkleştirme gibi diğer amaçlarına eşlik eden tali ve ikincil bir amaç olarak her zaman var olduğu düşüncesini de kabul etmek mümkün

²⁸¹ Ayrıca Bkz. KIRCA, 1999, s. 248 vd.; KESKİN, 2016, s. 129 vd.. (Manevi tazminatın cezai niteliğinin olduğu İsviçre Medeni Kanun'u hazırlanırken tartışılmış, ancak kabul görmemiştir. Akt. FRANKO, 1973, s. 124).

değildir. Bu eşlik etme durumu olsa olsa önleme-caydırma işlevi için söz konusu olacaktır. Nitekim sorumluluk, kurumun doğası gereği, kişileri daha kurallara uygun ve temkinli davranmaya yöneltir.

İdarenin sorumluluğu da özel hukuktaki sorumluluk ile benzer biçimde tazmine yönelik olup, cezai bir nitelik içermemektedir²⁸².

Manevi tazminatın amacı, telafi görüşünü savunanların yaptığı gibi kişilik değerlerindeki objektif eksilmenin giderilmesine de indirgenmemelidir. Telafi görüşünün manevi tazminatı zarar görenin kendine özgü koşul ve özelliklerinden etkilenmeksizin belirlenen nesnel bir miktar olarak değerlendirmesi, gerek zarar verenin kusurundan gerekse zarar görenin subjektif özelliklerinden soyut bu miktarın kişilik haklarındaki objektif eksilme için bir çizelge veya tarife doğrultusunda belirlenebileceği sonucuna varılmasını kaçınılmaz kılacaktır. Manevi tazminatın tarifeye bağlanması eğilimi keyfilik algısını kırmaya, dolayısıyla hukuki güvenlik ve belirliliği güçlendirmeye hizmet eder gözükmese de; somut olayın özelliklerini dışlayan ya da kişilerin adalet arzusunu tatmin etmeyen bir tarifeye dayalı sistemin sürdürülmesinde ısrar edilmesinin hukuk devleti, adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaştırılması zor gözükmektedir²⁸³. Böyle bir eğilimin İdari yargılama hukuku yönünden yol açacağı ek olumsuzluk ise yönetilenler açısından idari sorumluluğun anlamsızlaşması hatta artık geride kalan “bedeli neyse öderim”ci idare imajını yeniden gündeme getirmesi olacaktır.

Manevi tazminatın objektif denkleştirme amacının yanında muhakkak talep edeni tatmin edebilme fonksiyonuna da sahip olması gerektir. Daha önce de belirtildiği üzere insanın söz konusu olduğu hiçbir durumda subjektif unsurlar göz ardı edilmemelidir.

²⁸² OZANSOY, 1989, s. 1.

²⁸³ Manevi zararın ve manevi tazminatın önceden belirlenmiş tarife cetvellerine göre ölçülmesinin ve hesaplanmasının bu kavram ve kurumların takdire dayalı nitelikleriyle bağdaşmadığı hususunda aynı görüşte; BAL Ö. , 2011, s. 1258; ZEN-RUFFINEN, 1985, s. 370-371.

Telafi fonksiyonunu savunanlarca, kişilik değerlerindeki objektif eksilme için parasal bir karşılık belirlenerek bunun giderilmesi anlamında “giderim” kavramı seçilmiş ise de; tam olarak ölçülemeyen manevi zararın yine hâkimin bir çizelgeye bağlı olarak veya olmayarak takdir ettiği miktarla “giderildiği”; bir sanrı, hissiyat, umulan hal olmaktan öteye gitmekte tatmin fonksiyonunu savunanların vardığı noktayı geçemeyecektir. Dolayısıyla giderim işlevinin ve terim olarak giderimin yalnızca objektif görüşe dayalı düşüncelere hasredilmesini doğru bulmamaktayız. Düşüncemize göre manevi zarar için hükmedilen manevi tazminat, olayın ve kişinin özelliklerinden bağımsız sembolik bir rakama hükmedilmediği sürece, zararın giderimi işlevine yöneliktir. Üstelik subjektif zararlar da giderilebilir; ki bu durum giderim fonksiyonunun yalnızca objektif eksilmeye münhasır kılınması veya öyle yansıtılmasının hatalı olduğunu ortaya koymaktadır.

Sonuçta, telafi görüşünü savunanlarca manevi zararın ve manevi tazminatın belirlenmesi sorunu objektif eksilmenin nasıl giderileceği sorunu ile ikame edilmiş olmaktadır. Manevi zararların bir tarifeyle bağlanmasının kabul edilmediği durum ve koşullarda objektif eksilme neyi ifade edecektir? Görünüşe bakılırsa, zarar görenin kişisel özelliklerini, zarar verenin kusurunu dikkate almayan yalnızca sonuç odaklı bu görüş manevi tazminatı kişiye sağlanan nakdî bir destek olmaktan öteye götürememekte, hatta bununla sınırlamaktadır.

Telafi görüşünü savunanların ileri sürdüğü gibi manevi tazminat ile maddi tazminat arasında yalnızca ihlal edilen değerler bakımından fark olduğunun söylenmesi hatalı olur, bunların kapsamı, amaçları ve idarenin tazmin yükümlülüğünü değerlendirme kriterleri farklıdır ²⁸⁴.

²⁸⁴ SAYMEN, 1940, s. 15; GENÇ ARIDEMİR, 2008, s. 14; AKYILMAZ, 1998, s. 178.

Tatmin fonksiyonunun zengine yüklü fakire mütevazı tatmin olarak algılanması da hatalı bir başka değerlendirme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu fonksiyonun, zarara uğrayan kişilik değerinin insan açısından korunmaya değer olma ölçütüne göre şekillenmesi olarak anlaşılması gerekir. Bununla birlikte cezalandırma, tatmin, önleme ve caydırma fonksiyonlarının manevi tazminat miktarını artırıcı bir rol üstlendiği de bir vakıdır.

Franko'nun, zararı meydana getiren kusuru zarar görenin "dışında" olarak niteleyerek, kişilik hakkı ihlal edilenin uğradığı zararın giderilmesine yönelik bir kurumu zarar verene dayandırmanın çelişki doğurduğu düşüncesi²⁸⁵ bugün idari yargıda sıkça başvuru, “tazminatın hem kişinin duyduğu acı, elemi telafi edecek hem de idarenin hizmet kusurunun ağırlığını ortaya koyacak nitelikte olması gerektiği” düşüncesiyle uyusmamaktadır. Ancak yazar, manevi tazminatın belirlenmesinde kusurun esas alınmasının kusursuz sorumluluk halinde yetersiz kalacağını belirtmekle²⁸⁶ yerinde bir sonuca ulaşmaktadır. Nitekim kusursuz sorumluluk hallerinde idarenin kusurunun ağırlığı unsuru devreye girmemekte bunun yerine olayın oluş şekli ve benzeri diğer unsurlara bakılmaktadır.

Tüm bu değerlendirmelerden; manevi zararı gidermeye yönelik olarak yapılan parasal ödeme olarak tanımlayabileceğimiz manevi tazminatın aynı anda birden fazla işleve sahip olabileceği, hatta bu işlevlerin sorumluluğun türüne göre farklılaşabileceği, ayrıca işlevlerin birbirini tamamlayıcı özellik gösterdiği sonucuna ulaşılmaktadır²⁸⁷.

²⁸⁵ FRANKO, 1973, s. 126.

²⁸⁶ FRANKO, 1973, s. 127.

²⁸⁷ Aynı yönde bkz. ARIKAN, 2020, s. 58; manevi tazminatın tek bir fonksiyonu olduğunun düşünölemeyeceği görüşü yönünden SEVGİLİ GENÇAY, 2019, s. 252.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MANEVİ TAZMİNAT MİKTARINA ETKİ EDEN HUSUSLAR

I. İDARENİN SORUMLULUĞU VE MANEVİ TAZMİNAT

Bilindiği üzere idarenin hukuki sorumluluğu, mali anlamda bir sorumluluğu ifade etmekte, idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı, zarar görene, yine kendi malvarlığından çeşitli malvarlığı değerlerinin aktarılması suretiyle kamu hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde tazmin etmesi anlamına gelmektedir²⁸⁸.

İdarenin hukuki sorumluluğu, hukuk devletinin doğal bir sonucu ve gereği olup²⁸⁹; bu sorumluluğun gerekliliği, kaynağı yani dayanağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmekteyse de²⁹⁰, ilkesel olarak, Anayasa'nın "Yürütme" başlıklı İkinci Bölümünün IV numaralı kısmında 'İdare'nin esasları arasında düzenlenen 'Yargı yolu'nun gösterildiği 125. maddesinde yer alan; idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu yolundaki hüküm ile ifade bulmuş olduğu tartışmasızdır.

²⁸⁸ GÖZLER, 2019, s. 1060; AKYILMAZ, 1998, s. 165; "İdarenin hukuki sorumluluğunu, kamu hizmetlerinden doğan zararların karşılanıp giderilmesini amaçlayan hukuki bir kurumdur, diye tanımlayabiliriz." (ESİN, 1973, s. 14).

²⁸⁹ GÖZÜBÜYÜK & TAN, 2016, s. 3; "Kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağandışı zararların idarece tazmini; Anayasanın 125. maddesi gereği ve Türkiye Cumhuriyetinin "sosyal hukuk devleti" niteliğinin doğal bir sonucudur." DİDDK 27.05.2013 t. E:2009/3035; K:2013/2056 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:12.04.2021). "İdarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur." DİDDK 26.10.2020 t. E: 2019/3362; K: 2020/1985 s.k. Danıştay karar arama ekranı <https://karararama.danistay.gov.tr/> (E.t.:12.04.2021).

²⁹⁰ Duran'a göre, Hukuk Devleti ilkesi, idarenin sorumluluğunun dayanağı olarak gösterilmek için çok uzak ve genel bir esastır (DURAN, 1974, s. 13) idarenin sorumluluğunun temeli, devletin sosyal rolü gereği sağlamakla yükümlü olduğu imkân ve fırsat eşitliğidir (DURAN, 1974, s. 16-17); Gözübüyük ise, kısmen bu görüşe katılmakla birlikte, Hukuk Devleti ilkesinin kusurlu sorumluluğu açıklamaya yeterli olduğunu ancak kusursuz sorumluluğun dayanağının Sosyal Devlet ilkesi ile açıklanabileceğini savunmaktadır (GÖZÜBÜYÜK Şeref ve TAN, Turgut, **İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar**, Güncelleştirilmiş 13. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 638). Bu görüşlerin detaylı tahlil ve tenkiti için bkz. OZANSOY, 1989, s. 25 vd.. Ozansoy ise, hukuk devleti ilkesinin işlem ve eylemleri yargısal denetime açık olan devleti anlatan şekli anlamı yanında adalet iadesini de içeren adil bir hukuk düzenine sahip devleti anlatan maddi anlamıyla değerlendirilmesi gerektiği, bu haliyle de kamusal sorumluluğun temelini açıklamaya yeter olduğu görüşündedir (OZANSOY, 1989, s. 31-33).

İdarenin eylem veya işlemlerinden zarar gören kimsenin zararının giderilmesi, idarenin rızaen ödeme yaptığı istisnai haller²⁹¹ dışında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde gösterilen idari dava türlerinden olan tam yargı davaları ile sağlanır²⁹². Tam yargı davalarında tazminat talebi ihlal edilen hakkın yerine getirilmesine yönelik olabileceği gibi mevcut bir zararın giderilmesine de yönelik olabilir²⁹³. Madde ile idari eylem ve işlemlerden dolayı kişilik hakları doğrudan zarar görenler tarafından tam yargı davası açılması yolu gösterilmiştir. Bu açıdan, idari işlemlerden doğan sorumluluk ve idari eylemlerden doğan sorumluluk tam yargı davasına konu olabilecek sözleşme dışı sorumluluk türleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın 129/5 maddesi²⁹⁴ de idarenin hukuki sorumluluğunu bir başka açıdan tamamlar niteliktedir.

²⁹¹ Rızaen ödemenin istisnai olarak kalmasının idare ve birey arasında uyumsuzlukların sulh, uzlaşma vb. yollarla giderilmesi hususunda yeterli düzenleme bulunmaması ve tam yargı davalarındaki ön karar kurumunun kesinleşmiş mahkeme kararı olmaksızın ödeme yapmanın idarenin yerleşik hareket tarzı ile de bağdaşmadığından pratik fayda sağlamayacağı görüşü için bkz. GÖZÜBÜYÜK & TAN, 2016, s. 614-616; DURAN, Lütfi, "İdari İşlemlerden Sorumluluk: İptal Davası - Tam Yargı Davası", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 33, S. 3-4, 1967, s. 24.

²⁹² İYUK'un 28/3. maddesinde yer alan Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilmesine ilişkin hükmün ne şekilde uygulanacağına ve ayrı bir dava türünü işaret edip etmediğine ilişkin olarak doktrinde devam eden tartışmalar bulunmakla birlikte; uygulamada İdare Mahkemesince verilen kararların uygulanmaması halinde ilgili idare aleyhine tazminat istemli olarak açılan davalar tam yargı davası olarak görülmekte olup; Anayasa Mahkemesi Abdullah Kaya ve diğerleri (B. No: 2017/26740) kararında da bu madde kapsamındaki bir davanın tam yargı davası niteliğinde olduğunu kabul etmiştir (para. 45-47). Bu nedenle anılan hükme ilişkin tartışmalar çalışmamızın kapsamına dâhil edilmemiştir. AYM bu kararında bu hususa ilişkin olarak ayrıca; idarenin mahkeme kararını uygulaması için bireylerin idareye başvurarak mahkeme kararının uygulanmasını istemesi gerektiğine ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmadığını, idarenin mahkeme kararlarının derhâl uygulanmasını sağlamakla yükümlü olduğunu ve daha da önemlisi bu davaların İYUK m. 12 kapsamında iptal kararı üzerine açılan tam yargı davaları olmayıp bu maddedeki usul koşullarına da tabi olmadığını, 28. madde kapsamında olduklarını belirtmekle bu davaların 13. madde kapsamında ancak ön başvuru koşulu gerekmeyen bir niteliğe sahip tam yargı davaları olarak kategorize edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

²⁹³ GÖZÜBÜYÜK & TAN, 2016, s. 608; KAVRAZ, Dilek, **İdari Yargıda Manevi Tazminat**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İdare Hukuku Bilim Dalı, Ankara 2009, s. 12.

²⁹⁴ "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir." 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinin de bu aşamada hatırlatılmasında yarar vardır: "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kâğıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır."

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı "Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." şeklindeki 40. maddesi hükmü de idarenin hukuki sorumluluğuna ilişkin düzenleme içeren hükümler arasında gösterilebilir.

İdarenin hukuki sorumluluğunun kaynağı genel sorumluluk kurallarının düzenlendiği Borçlar Hukuku alanı olmamakla birlikte²⁹⁵, idarenin sorumluluğuna ilişkin genel ilkeleri belirleyen Anayasa'da veya idari yargı yerlerinin görevine giren uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin usulleri gösteren İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda zararın kapsamının belirlenmesine ve nasıl giderileceğine ilişkin hüküm bulunmadığından, idari eylem ve işlemlerden kaynaklı zararların tazminine yönelik başkaca bir genel kanun da bulunmadığından, İdare Hukukunda eşitler arası ilişkilere uygulanan özel hukuktan bağımsız olarak kendine özgü biçimde geliştirilmiş olan, özgün içtihadi ve doktrinsel ilkeler ile tazminat hukukunun özel hukuk hükümlerinden de yararlanılarak ortaya çıkmış olan genel ilkeleri idarenin sorumluluğuna uygulanmaktadır²⁹⁶.

²⁹⁵ "İdare Hukuku sahasına giren bir meselenin halinde idari mevzuat kâfi gelmediği takdirde, meselenin hükmünü Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda aramaya imkân yoktur. Bu takdirde hukukun ana prensiplerine ve temel kaidelerine istinad edilerek meselenin içtihat yolu ile halledilmesi icap edecektir. ... Medeni Hukuk müesseseleri İdare Hukuku sahasına nakledilince bu hukukun potasında ona uygun kalıplara girerek başka bir şekil ve mahiyette ortaya çıkarlar. ..." (ONAR, S. S., **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 112); İdarenin sorumluluğuna yönelik olarak; "Üstelik bu sorumluluk türü Borçlar Kanunu'na tabi kılınmış bir sorumluluk da değildir." (ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 40); "... Amme idaresinin amme hukuku hükümleri dairesinde işlemesinden doğan mesuliyete ... Borçlar Kanunu'nun mesuliyete müteallik ve fertler arasında cari münasebetlere tatbiki kabil olan hususi hukuk hükümlerinin tatbikine imkân olmadığından, bu neviden mesuliyetin amme hukukunun vaz eylediği esaslara göre vücudu, vasfı, derecesi ve miktarı tayin edilmek icap eder." 18.10.1948 ve 18.10.1949 tarihli Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarından akt. DURAN, 1974, s. 9.

²⁹⁶ "Bugün artık idarenin sorumluluğu, medeni sorumluluktaki zararın tazmini boyutunu aşmış, devletin hukuka aykırı faaliyetleri karşısında kişileri hukuki olarak koruma mekanizmasının etkin bir aracı ve tamamlayıcısı olarak karşımıza çıkmıştır." AZRAK, Ali Ülkü, "İdarenin 'Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı'na Göre Kusursuz Sorumluluğu", *Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Ankara 12-13 Mayıs 1979, *Fakülteler Matbaası, İstanbul* 1980, s. 135; "Şu halde İdarenin sorumluluğu ne genel, ne de salttır; ancak kamu hukukuna özgü ilke ve kurallar çerçevesinde mahkeme içtihatlarıyla belirlenip saptanacak bir sorumluluktur. Mahkemeler, İdarî tazminat davalarını çözümlerken, özel hukuk mevzuatında yer alan esaslardan, Hukukun genel prensipleri olarak, esinlenip yararlanırsa da; bu tür kanunların hükümlerini pozitif nitelikleri dolayısıyla ve olduğu gibi uygulamak

Bu kapsamda idare, ölüm, bedensel zararlar ve kişilik haklarına²⁹⁷ saldırı nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararları tazmin etmekle yükümlüdür²⁹⁸.

Hemen belirtilmelidir ki, ölüm ve bedensel zararlar bakımından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun; "Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri" kısmında yer alan ve bu Kanun hükümlerinin, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanacağı yolundaki 55. maddesinin 2. fıkrası hükmünün özel bir önemi bulunmaktadır²⁹⁹. Aynı maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesinde destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacağı

zorunda değildir. Kamu hukuku mevzuatı sorumluluk konusuna ilişkin genel hükümlerden yoksun bulunduğu için, hâkimler idarî mesuliyet uyumsuzluklarına, Medenî Kanun, Borçlar Kanunu v.b. özel hukuk hükümlerini, madde göstererek veya göstermeden, uygulayabilirler. Fakat bu davranış ve yöntem, İdarenin sorumluluğu konusunun, tümü ile, gerçek kişilerle özel tüzel kişilerin sorumluluğundan bağımsız ve kendine özgü bir hukuki rejime tabi olmasını engellemez. ... İdari sorumluluk kurallarının, kanun hükümlerinde dondurulmayıp, mahkeme içtihadlarıyla oluşturulması ve geliştirilmesi, yararlı ve gereklidir." (DURAN, 1974, s. 9-10).

²⁹⁷ Kişilik hakları kamu hukuku alanında daha çok insan hakları boyutuyla ele alınmaktadır. Anayasa'nın Temel Haklar ve Ödevler başlıklı İkinci Kısmında yer alan haklar bu açıdan değerlendirildiğinde, özellikle 12. madde ile korunan herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu ilkesinin 17. maddedeki yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olma vurgusuyla güçlendirildiği görülmektedir. İnsan hakları ve kişilik haklarının birbirine denk kavramlar olmadığı açık olmakla birlikte, Anayasal hükümlerin kişilik haklarını hem kişilerden kaynaklı ihlallere hem de idarenin (devletin) işlem ve eylemleri yoluyla sebebiyet verebileceği ihlallere karşı koruduğuna da dikkat çekmek gerekmektedir. Bu aşamada; yaşam ve bedensel bütünlüğün kişilik değerlerinden olduğu ve bunların ihlalinin de yine kişilik hakkının ihlali anlamına geldiği; manevi zarar açısından bakıldığında her üç zarar kaynağının da kişilik hakkının ihlali sonucu doğurması nedeniyle bunları ayrı ayrı ifade etmenin Kanun'da özel olarak düzenlenmiş olmalarından kaynaklandığı, bunun dışında özellikli bir durumunun olmadığı belirtilmelidir.

²⁹⁸ AKILLIOĞLU, Tekin, "Gözlemler: Yönetmelik Yargıda Manevi Giderim ve Bilgi Hukuku Gelişmesi", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 22, S. 2, 1989, s. 107; BAL, Yakup, ŞAHİN, Yahya, KARABULUT, Mustafa, **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yay., Ankara 2003, s. 19-20; ESİN, 1973, s. 450; GÖZLER, 2019, s. 1302 vd..

²⁹⁹ Bilindiği üzere, TBK ile aynı dönemde çıkarılan HMK'nın "Ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev" başlıklı "Her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddî ve manevî zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır." şeklindeki 3. maddesi Anayasa Mahkemesi'nin 16.02.2012 tarihli ve E:2011/35; K: 2012/23 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

belirtilmektedir³⁰⁰. Aslında ilk bakışta hükmün İdari Yargı uygulaması yönünden değişiklik getirmediği, Kanun'un yürürlüğe girmesinden de önceki dönemde gerçekleşen uygulamayı yansıttığı söylenebilir; ancak gerekçesinde; “insan zararları” olarak da kavramsallaştırılabilecek olan destekten yoksun kalma zararlarının belirlenmesinde ortaya çıkan farklı uygulamaları yeknesaklaştırmaya yönelik olan bu düzenlemelerin getirilmesinde tazminatın önleyici işlevi, insan hakkı karakteri, zarar vereni ödüllendirme sonucunu doğuracak yöntemlerden kaçınma amacı ve sorumluluk hukukunun diğer ilkelerinin esas alındığının belirtildiği görülmekle; her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanacak olan hükümlerin yalnızca bu maddi zararlarının hesaplanması yönünden uygulanacağı anlaşılmaktadır³⁰¹. Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar burada yalnızca maddi zararları karşılar biçimde kullanılmaktadır.

Bu yollama ile manevi tazminat yönünden TBK m. 55'in uygulama imkânı bulamayacağı açıkça ortaya çıkmaktadır. Ancak bu aşamada TBK'nın manevi tazminat ile ilgili hükümlerine değinme gereği de doğmaktadır. TBK m. 58³⁰² (Borçlar Kanunu m

³⁰⁰ Doktrinde bu hüküm, malumun ilanı olmak ve Kanun yapma tekniğine uygun olmamak başta olmak üzere birçok yönden eleştirilmiştir. Bkz. KILIÇOĞLU, A. M., 2014, s. 430.

³⁰¹ Anayasa Mahkemesi 04/03/2015 tarihli ve 29285 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 22/10/2014 tarihli ve E:2014/94; K:2014/160 sayılı kararında bu hususu etraflıca tartışmıştır.

³⁰² “Kişilik hakkının zedelenmesi

MADDE 58- Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.”

49³⁰³) manevi tazminat konusundaki genel hüküm olarak kabul edilmektedir³⁰⁴. Anılan madde, başlı başına sorumluluk yaratan hüküm niteliğinde olmamakla birlikte, hukuksal olarak sorumluluğun doğduğu durumlarda uygulama kabiliyeti bulma³⁰⁵ özelliğiyle Anayasanın 125. maddesi ile aynı işlevdedir denebilir. 58. maddeye göre özel hüküm niteliğinde olan, “Manevi tazminat” başlıklı 56. madde³⁰⁶ (Borçlar Kanunu m 47³⁰⁷) de, ölüm ve bedensel bütünlüğünün zedelenmesinden kaynaklı manevi tazminat talepleri yönünden uygulanmaktadır. Her iki Kanun maddesinin metni incelendiğinde; 58. madde yönünden “kişilik hakkının zedelenmesi” ve “uğradığı manevi zarara karşılık” ifadeleri, 56. madde yönünden “olayın özelliklerini göz önünde tutarak” ve “uygun bir miktar para” ifadeleri, kişilik haklarına hukuka aykırı müdahalenin manevi tazminata hükmedilmesi açısından tek başına yeterli olmadığı, ayrıca zarar gören üzerindeki subjektif sonuçların da dikkate alınması gerektiği anlaşılmaktadır³⁰⁸. Bu durum Kanun koyucunun da manevi zarar yönünden karma görüşü benimsediği şeklinde yorumlanabilir.

³⁰³ “Şahsi menfaatlerin haleldar olması

Madde 49-Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hâkim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir.”

³⁰⁴ SAYMEN, 1940, s. 106; GÜRSOY, 1973, s. 22; ÜNAL, 1978, s. 408; OĞUZMAN, 1990, s. 29; EREN, 2017, s. 803; ARAT, 2013, s. 186 ve 194; ANTALYA, 2017, s. 51; TURAN BAŞARA, 2018, s. 2; KILIÇOĞLU, A. M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 22. Bası**, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 565. Bu kapsamda Medeni Kanun m. 24 istisna hüküm olarak kabul edilmektedir.

³⁰⁵ ANTALYA, 2019, s. 220; ANTALYA, 2017, s. 11.

³⁰⁶ “Manevi tazminat

Madde 56-Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.”

³⁰⁷ “Manevi tazminat

MADDE 47

Hakim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşer olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adaletle muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.”

³⁰⁸ Aynı yönde bkz. ANTALYA, 2017, s. 12, 47.

Başlangıçta da belirtildiği gibi idarenin hukuki sorumluluğunun dayanağı genel sorumluluk kurallarının düzenlendiği Borçlar Hukuku alanı olmadığından bu hükümlerden ancak, idare hukuku kural ve ilkeleri göz önünde tutularak manevi zarar ve manevi tazminatın kapsamının belirlenmesi konusunda yararlanmak mümkün olabilecektir.

Bilindiği üzere idarenin sorumluluğu, kusurlu sorumluluk yanında kusursuz sorumluluk olmak üzere iki türde karşımıza çıkmaktadır. İdarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğunun asli sorumluluk türü; objektif sorumluluk olarak da ifade edilebilen kusursuz sorumluluk halinin ikincil ve tali bir sorumluluk türü olarak görülmesi uygulamada³⁰⁹ ve doktrinde kabul edilmiştir³¹⁰. Bu hususun çalışmamız açısından önemi her iki sorumluluk türünün de manevi zararların tazminini kapsamakta olduğudur.

³⁰⁹ “Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan ve asli nedenini oluşturmaktadır.” D. 10. D. 12.10.2020 t. E:2020/4572 ; K :2020/3599 s.k., <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/> (E.t.:20.04.2021). “Tam yargı davasında, idarenin eylem veya işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimi yapıp idari faaliyet karşısında ilgililerin durumu belirlenerek idarenin tazmin sorumluluğunun bulunup bulunmadığına karar verilmektedir. İdarenin tazmin sorumluluğu olup olmadığı saptanırken, öncelikle olayda idarenin hizmet kusuru olup olmadığı hususunun, hizmet kusurunun bulunmaması halinde kusursuz sorumluluk ilkesinin olayda uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesi gerekmektedir.” 10. D. 14.11.1996 t. 4000-7542 s.k.; Hizmet kusuru nedeniyle tazminata hükmedilmesi gerekirken sosyal risk ilkesi kapsamında tazminine ilişkin kararın gerekçesinin değiştirilerek onanması hakkında bkz. 10. D. 30.05.2007 t. 1195-3123 s.k.; “... hem kusur hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak idarenin tazmin sorumluluğuna gidilmesi hukuken mümkün değildir. Olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip önce hizmet kusuru araştırılarak, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı incelenmek suretiyle idarenin tazmin sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir.” 10. D. 10.04.1996 t. 53-1913 s.k. akt. ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 262-263. Dolayısıyla tam yargı davalarında, öncelikle olayda davalı idareye atfedilebilir bir hizmet kusuru bulunup bulunmadığının araştırılması, hizmet kusurunun tespit edildiği durumda kusursuz sorumluluk ilkesine başvurulmaması; hizmet kusuru bulunmuyorsa kusursuz sorumluluğu gerektiren hallerin varlığının sorgulanarak buna göre karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu durumda, Conseil D'état'nın ağır hizmet kusuru aradığı genel kolluk, sağlık, itfaiye, hükümlülerin gözetimi gibi hizmetlerden doğan zararların giderilmesinde Danıştay'ın hizmet kusurunu yeterli görmekle birlikte bu hizmetlerin yürütülmesinde hizmet kusuru bulunmayan hallerde kusursuz sorumluluk ilkesine gitmeyerek davanın reddedilmesine ilişkin içtihadı (Bkz. ESİN, 1973, s. 29 ve 51) terk edilmiş gözükmektedir.

³¹⁰ DURAN, 1974, s. 24-26; “Kusursuz sorumluluk, özel hukuk alanında olduğu gibi, idare hukuku alanında da yardımcı ve ayrı bir sorumluluktur.” GÖZÜBÜYÜK & TAN, 2019, s. 639, 657; OZANSOY, 1989, s. 188; ÖZAY, İl Han, **Günüşiğinde Yönetim II: Yargısal Korunma**, 1. Baskı, Oniki Levha Yay., İstanbul Ekim 2010, s. 207.

II. MANEVİ TAZMİNAT MİKTARINA ETKİ EDEN HUSUSLAR (MANEVİ TAZMİNATIN MİKTARININ BELİRLENMESİ)

A. Manevi Tazminatın Şartlarına İlişkin Hususlar

Danıştay'ın bir kararında da belirttiği üzere; “İdare hukuku ilkelerine göre, idarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için her şeyden önce ortada bir **zararın** bulunması, zararı doğuran işlem veya eylemin idareye yüklenebilir nitelikte olması, yani ortaya çıkan sonuçla işlem veya eylem arasında uygun bir **illiyet bağı**nın bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Ayrıca, idarenin zarar verici işlem veya eylemi nedeniyle **hizmet kusurunun** ya da idarenin kusursuz sorumluluğu ilkelerinden birisinin uygulanma koşullarının bulunması da gerekmektedir.”³¹¹. İdarerenin manevi tazminle sorumlu tutulabilmesi için gerekli unsurların manevi tazminatın miktarına etkisi ayrı ayrı incelenecektir.

1. Kusurun Ağırılığı

a. Hizmet Kusuru

Hukuka aykırılık, bir hukuk kuralının ihlalinin gerçekleştiği objektif bir durumu ifade ederken; hukuki sorumluluğun diğer bir şartı olan kusur, kural ihlalinin subjektif yönü ile ilintilidir³¹². İdarenin sorumluluğunda ise kusur, teknik tabiriyle hizmet kusuru, özel hukuktakinden farklı olarak, kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişinde objektif standart ve ölçülere aykırılık anlamına gelen anonim ve bağımsız karakterli bir unsur olup, nesnel ve kişi dışı bir bozukluk veya eksiklik durumunu ifade eder³¹³. İdare hukuku açısından

³¹¹ D. 6. D. 09.09.2020 t. E: 2017/4812; K: 2020/7415 s.k., Danıştay karar arama ekranı <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/> (E.t.:20.04.2021).

³¹² DESCHENAUX & TERCİER, 1983, s. 40; DURAN, 1974, s. 24; TEKİNAY vd., 1993, s. 492; OZANSOY, 1989, s. 169.

³¹³ ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 60; DURAN, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sorumluluğun Temeli Ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular, 1974, s. 26; GÖZÜBÜYÜK & TAN, 2016, s. 639-640.

bu ikisi arasında bağlantı kurmak gerekirse, “*kusur*”, *her durumda bir hukuka aykırılığı içerirken, tersinin her durumda doğru olmadığı*³¹⁴ söylenebilir. Kusurun aslında idare ajanlarınca tesis edilen işlem ve/veya eylemler sonucu oluşması bu nesnel ve kişi dışı olma özelliğini değiştirmez³¹⁵.

Zarar verici bir olayın gerçekleşmesinde hizmet kusurunun olup olmadığına karar vermek idari yargı yerinin yetkisi ve görevindedir. Yine idari yargı yerinin yetkisi ve görevinde olan hukuka aykırı işlemin iptali, Kanun’da sınırlı sayma yoluyla belirlenmiş olan beş sebepten (yetki, şekil, sebep, konu, amaç) ötürü mümkün iken, idarenin sorumluluğuna hükmetme aşamasında dayanılacak sebepler, içtihatlarla belirlenmekte olup çok çeşitli ve değişkendir³¹⁶.

Duran’a göre, idari kusurun bu anlamdaki “esnek”liği; idarenin hafif kusurundan dolayı sorumlu tutulmamasına, bunun dışındaki hallerde hizmetin niteliğine ve durumun gereklerine göre değişken kusur oranlarının aranmasına kapı açar ve yargı yerleri, bugün de geçerli olduğu üzere, kusurun yoğunluğu şartını idarenin sorumluluğunu sınırlama amacıyla kullanma eğilimdedir³¹⁷.

İdarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı, idari yargı yerleri tarafından her somut olayda, hizmete ilişkin yasal düzenlemeler, kamu yararı ve hizmet gerekleri, hizmetin niteliği ve özelliği ile çağın koşulları ve gerekleriyle uyumluluğu gibi çeşitli unsurlar göz önünde tutularak re’sen değerlendirilir ve kusurun tazminatı gerektirip gerektirmediği buna göre takdir edilir³¹⁸. İdare Mahkemesince tazminata hükmedilirken

³¹⁴ OZANSOY, 1989, s. 5.

³¹⁵ İdarenin varlığı, iş ve işlemleriyle kişilere zarar vermesi olağan ve dahi kaçınılmaz iken, bütün zararlı sonuçların, aslında tüzel kişilerden oluşan idarenin onun adına hareket eden gerçek kişilerden ibaret organ ve ajanlarının faaliyetlerinden doğduğu bir gerçektir (DURAN, 1974, s. 2); DURAN, 1974, s. 26; “Hizmet kusurundan dolayı kamu görevlisi, ne idareye karşı, ne de yönetilenlere karşı sorumludur.” (GÖZÜBÜYÜK & TAN, 2016, s. 640); OZANSOY, 1989, s. 14; ÖZAY, 2010, s. 208.

³¹⁶ DURAN, 1974, s. 6.

³¹⁷ DURAN, 1974, s. 34.

³¹⁸ ESİN, 1973, s. 31; DURAN, 1974, s. 27-28.

idarenin sorumluluğunun sebebinin net biçimde saptanması ve yine net biçimde açıklanması gerekmektedir.

Kural olarak tazminat, zarara yol açan kusurun ağırlığına göre değil zararın miktarına göre belirlenir, ki ideal durum tazminat miktarının zarara eşit olmasıdır. Tazminatın takdirinde yalnızca kusurun ağırlığının belirleyici olması halinin tazminata cezai bir işlev yükleyeceğini ve fakat idarenin sorumluluğunun cezai bir nitelik arz etmediğini daha önce söylemiştik. Ne var ki; kusurun ağırlığının sorumlu olup olmama anlamında sorumluluk sonucuna etkisi bulunmamakla birlikte, kusurun derecesi yani ağır ya da hafif olması zararın gideriminin karşılığının belirlenmesi konusunda önem kazanmaktadır; daha açık bir ifadeyle, idarenin sorumlu tutulabilmesi için mutlaka ağır kusurlu olması gerekmemekte, ancak tazminat miktarı kusurun derecesinden etkilenmekte, kusurun ağırlığı daha fazla tazminata hükmedilmesi sonucunu doğurmaktadır³¹⁹.

Kusurun derecelendirilmesi, hem ilk elde hizmet kusurunun varlığını tayin etmek açısından³²⁰ hem de hizmet kusurunun varlığının açık olduğu halde tazminat miktarının belirlenmesi için bir ölçüt oluşturması açısından önemlidir.

Danıştay, hizmet kusurunun söz konusu olduğu uyuşmazlıklara ilişkin kararlarında, manevi tazminatın şu üç unsuru birbirinden ayrılmaz biçimde içermesi ve gözetmesi gerektiğini belirtmektedir. Bunlar; zarar görenin duyduğu acı ve üzüntüyü

³¹⁹ TANDOĞAN, 2010, s. 342; SAYMEN, 1940, s. 136-139; FRANKO, 1973, s. 152); KILIÇOĞLU, A. M., “Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Ankara 1990, s. 108; “... Fail her kusurundan, diğer söyleyişle, kusurun bütün derecelerinden sorumludur. Fakat yargıç tazminatın türünü ve kapsamını tayin ederken failin kusur derecesini göz önünde tutacaktır.” (TEKİNAY vd., 1993, s. 496).

³²⁰ Bilindiği üzere, kamu hizmetlerinin kuruluş ve işleyişindeki her türlü aksaklığın hizmet kusuru olarak nitelenemeyeceği; saptanan aksaklık ve bozukluğun hizmet kusuru olarak değerlendirilebilmesi için bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerektiği (ESİN, 1973, s. 47); (DURAN, 1974, s. 29); idarenin tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için hizmet kusurunun belli nitelikte ve ağırlıkta olması gerektiği yerleşik içtihat haline gelmiştir (GÖZÜBÜYÜK & TAN, 2016, s. 641). Ayrıca bkz. Danıştay 10. Dairesinin 27/03/2007 tarihli ve 5793-1524 sayılı kararı akt. ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 254.

kısmen de olsa giderebilecek düzeyde olma, idarenin olaydaki kusurunun ağırlığını ortaya koyacak olma ve sebepsiz zenginleşmeye yol açmama³²¹ olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu unsurların birbirleri arasında açık ve net bir öncelik sonralık sıralaması bulunmayıp, ilk bakışta tazminat miktarının sacayakları oldukları ve her durumda birlikte ve birbirlerini dengeleyici unsurlar olarak karşılıklı biçimde değerlendirildikleri görülmektedir.

İdari yargı uyuşmazlıkları yönünden, zararın oluşmasına sebebiyet veren “idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak nitelikte bir miktara hükmedilmesi” ölçütü Danıştay tarafından istikrarlı olarak uygulanan köklü bir içtihat haline gelmiştir. Bu gerekçe, ilk derece mahkemesince belirlenen miktarın yeterli bulunmayıp daha yüksek bir miktara hükmedilmesi için dayanan bozma nedenlerinden biridir. Aynı şekilde, manevi tazminatın zarar görenin duyduğu acı ve üzüntüyü kısmen de olsa giderebilecek düzeyde olması ihtiyacı, miktarı artırıcı rol oynamaktadır. Sebepsiz zenginleşmeye yol açmama yönünden ise belirlenen miktarın bu ölçü içinde değerlendirilmesi sonucu azaltılmasının aracına dönüşmesi söz konusudur. Bu başlıkta kusurun ağırlığının manevi tazminat üzerindeki etkilerine ağırlık verilecektir.

Örnek uyuşmazlıkta, davacı 2001 yılında adam öldürmeye azmettirme suçundan tutuklanarak hakkında tahkikat yapıldığı sırada sekiz gün boyunca işkenceye maruz kaldığını ileri sürerek 25.000 TL manevi tazminat talebiyle İçişleri Bakanlığına karşı dava açmıştır. Ceza yargılaması sonunda davacının beraatine karar verilmiş ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’na aykırı biçimde sanıklara yönelik yasak sorgu yöntemleri kullandığı tespit edilen jandarma görevlileri hakkında suç duyurusunda bulunulmuştur.

³²¹ “Olayın gelişimi ve sonucu, ilgilinin durumu itibariyle 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 zorunludur.” D. 10. D. 10.04.1992 t. 3954-1362 s.k. akt. ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 316.

Bilahare ilgili kamu görevlileri hakkında delil yetersizliği nedeniyle beraat karar verilmiştir.

Olayla ilgili olarak Ceza Mahkemesince 22/3/2001 tarihinde tutulan tutanakta; sanıkların hazır bulunduğu tespit ve yer gösterme sırasında çekilen kayıtlarda yer alan seslerden, jandarma komutanının; "Adam hala kafa karıştırmak için sağdan soldan bizim bilmediğimiz, hiç duymadığımız isimler söylüyor bize. Ben değilim bu adama sorun, ben değilim şu adama sorun diyor. Halen ben değilim diyor bu adam *8 gündür aç yatıyor*³²² efendim. Hiç kimseye söylemedim ilk defa size söylüyorum. 8 gündür aç bu adam ve hala adam ısrar ediyor. Diyor ki ben değilim diyor. O kadar profesyonel. Bizim sorgulamacıları kandırdı bunlar ya. Sorgulamacıları bile kandırdı. Alaydan gelenleri. Alaydan gelen en son diyor ki bu işi yapan bunlardan değil ya diyor. Sebebi de diyor ki; *bizim attığımız o dayağı diyor yiyen adam*³²³ bülbül gibi şakır bu hiç konuşmuyor ... " şeklinde ifadesinin bulunduğu tespitine yer verilmiştir.

İdare Mahkemesince; tutulan ses kayıtlarına göre davacının da aralarında bulunduğu sanıklara sorgu aşamasında kötü muamelede bulunulduğunun sabit olduğu, buna göre davacının yaşamış olduğu acı ve üzüntü karşılığı 7.500 TL manevi tazminatın olayda hizmet kusuru bulunan davalı idarece davacıya ödenmesi gerektiği gerekçesiyle karar verilmiştir. Davanın kısmen kabulü kısmen reddi yolundaki karara ilişkin dosyayı tarafların karşılıklı temyizi üzerine inceleyen Danıştay 10. Dairesince, tutanaktaki tespitlerden hareketle davacının da aralarında bulunduğu sanıkların sorgu aşamasında pek fena muameleye maruz bırakıldıklarının anlaşıldığı, tutuklunun işkence ile ifadesine başvurulması olayında davalı idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu izahattan vareste olduğu, bu bakımdan, idarenin kusuru, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alındığında, mahkemece davacı için takdir edilen manevi tazminat miktarının, duyulan

³²² Vurgu eklenmiştir.

³²³ Vurgu eklenmiştir.

elem ve ızdırabı kısmen de olsa giderecek, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığı belirtilmiştir. Mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarı yetersiz bulunduğundan, manevi tazminatın amaç ve niteliği dikkate alınarak manevi tazminatın mahkemece yeniden belirlenmesi gerektiği gerekçesiyle davacının temyiz isteminin kabulüne İdare Mahkemesi kararının davacının manevi tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının bozulmasına karar verilmiştir³²⁴.

AIHS 3. maddesi ve Anayasa'nın 17. maddesinde mutlak bir hak olarak düzenlenen işkence yasağının idare ajanlarınca delindiğinin hâkimde kanaat oluşturmaya yeter delillerle tespit edilmiş olduğu gözetilerek, olayda idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu gerekçesiyle verilen kararın isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Zira devletin kendi gözetim ve koruması altındaki kişileri hak ihlallerinden koruma hususunda negatif yükümlülüklerinin yanında pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğu, aynı zamanda personelin seçiminde ve eğitiminde gerekli özeni göstermekle, hizmetin özelliğine uygun olarak seçilen ve yetişmiş personelle hizmeti yürütmekle, personelin iş disiplini sağlamakla, hizmeti gereklerine uygun biçimde yürütmekle yükümlü olduğu açıktır. Kararı temyizden inceleyen Dairenin ilk derece Mahkemesi ile gerekçe yönünden ayrılmadığı, her iki mercinin de aynı delillere dayalı olarak idarenin kusurlu olduğu sonucuna ulaştığı ancak manevi tazminatın takdir edilmesinde ayrıştıkları hususuna ayrıca dikkat çekilmesi gerekmektedir.

Her hukuka aykırılık ya da hizmet kusuru manevi tazminatı gerektirmese de manevi tazminata hükmedilebilmesi için ağır hizmet kusurunun varlığı da aranmamalıdır,

³²⁴ D. 10. D. 25.05.2015 t. E:2011/9008; K:2015/2553 s.k.. Anılan bozma kararı sonucunda İdare Mahkemesince bozmaya uyularak manevi tazminat isteminin tamamının kabulü yolunda verilen karar onanmış olup karar düzeltme incelemesi aşamasında olduğu anlaşılmaktadır (UYAP kapalı ortamından E.t.:24.04.2021).

nitekim Danıştay sadece ağır hizmet kusurunun varlığı halinde manevi tazminata hükmedilebileceği yolundaki içtihadını³²⁵ terk etmiş bulunmaktadır.

Konuya ilişkin bir başka örnek uyuşmazlıkta, davacının ilçe belediye Encümeni kararına istinaden ödediği işgaliye bedeli karşılığında inşa ederek işlettiği büfe, Büyükşehir Belediyesi Zabıta ekipleri tarafından, sabahın erken saatlerinde içindeki mallarla birlikte yıkılmış ve kullanılamaz hale getirilmiştir. Davacı tarafından yıkım nedeniyle uğranılan maddi zararların yanında, her işini yasal yükümlülüklerle uygun biçimde yapma konusunda titizlikle davranan bir kişi olmasına rağmen gazetelerde fotoğrafının çıkması, haksız bir faaliyette bulunmuş konumuna düşürülmesi nedeniyle itibarının zedelendiğinden bahisle 50.000,00 TL manevi tazminat isteminde bulunulmuştur. İdare Mahkemesince, yıkım işleminin yetki ve konu bakımından hukuka aykırı olduğu, bu nedenle olayın meydana gelmesinde davalı Büyükşehir Belediyesinin hizmet kusurunun bulunduğu gerekçesiyle davacının maddi zararının tazminine karar verilmiş ise de; manevi tazminatın ödenebilmesi için ağır hizmet kusuru sonucunda ağır bir acı ve üzüntünün duyulmuş olması ya da şeref ve haysiyetin hukuken korunması gerekli ölçüde korunmamış, ihlal edilmiş olması gerektiği belirtilerek davacının durumunun bu kapsamda değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle manevi tazminat istemi yönünden davanın reddine karar verilmiştir. Kararı temyizen inceleyen Danıştay 6. Dairesi; olayın gelişimi ve sonucu ile ilgilinin durumunun dikkate alınması gerektiğini belirterek, yetkili olmayan belediye tarafından sabahın erken saatlerinde işyerinin yıkılması nedeniyle oluşan zararın davacıda yarattığı etki göz önünde bulundurularak

³²⁵ Davacı tarafından, başka bir göreve atanmak üzere Rize Valiliğinden alınmasına ilişkin 7/2/1978 tarih ve 7/14597 sayılı Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle açılan dava sonunda; Danıştay Dava Daireleri Kurulunca, Valilik görevinden alma işleminin sadece merkez valiliğine atamak şeklinde yapılabileceği gerekçesiyle dava konusu kararın Rize Valiliği görevinden alınmaya ilişkin kısımda yer alan «... başka bir göreve atanmak üzere...» kaydının iptaline karar verilmiş; daha sonra iptal edilen işlem ve iptal kararının uygulanmaması nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada ise, *olayda manevi tazminat verilmesini gerektirecek nitelikte idarenin ağır bir hizmet kusuru görülmediğinden* manevi tazminata ilişkin istemin reddine karar verilmiştir. Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 16.10.1981 tarihli ve E:1979/371; K:1981/960 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Y. 12, S. 46-47, 1982, s. 149-152, <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/2021-02-24-12-21-9736161.pdf> (E.t.:16.07.2021).

takdiren belirlenecek tutarda manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle kararın davanın reddine ilişkin kısmının bozulmasına oy çokluğuyla karar vermiştir; karşı oy, ağır hizmet kusuru bulunmadığından İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği yönündedir³²⁶.

Kararda idarenin hukuka aykırı biçimde aldığı kararı uygulayarak gerçekleştirdiği faaliyet sonucunda meydana gelen zararın “davacıda yarattığı etki” hizmet kusurunun ağırlığıyla birlikte değerlendirilmiş ve olayın özellikleri dikkate alınarak kişi üzerinde oluşturması muhtemel manevi zarara uygun bir tazminat belirlenmeye çalışılmasına önem verilmiş gözükmektedir.

Danıştay, hizmet kusurunda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyma ölçütünde olduğu gibi, işlemde kaynaklı zararlarda işlemin hukuka aykırılığı yönünden de hukuka aykırılığın ağırlığını manevi tazminat miktarını belirleyen unsurlar arasında görmektedir. Danıştay 13. Dairesi, ihale üzerinde kalan davacı şirketin, süresi içerisinde sözleşme imzalamaya gelmemesi nedeniyle geçici teminatının irat kaydedilerek 6 ay süreyle tüm kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptaline karar verilmiş olması sonucunda, hukuka aykırılığı mahkeme kararıyla ortaya konulmuş olan yasaklama kararı nedeniyle davacının ticari itibarının zedelendiğinin ve güvenilirliğinin azaldığının kabul edilmesi gerektiğini belirterek, manevi tazminat isteminin kabul edilerek; tüzel kişiler lehine manevi tazminata hükmedilirken piyasadaki konumları ve ekonomik durumları dikkate alınarak, olay nedeniyle piyasadaki konumlarının ve ticari itibarlarının sarsılması ile orantılı, işlemin hukuka aykırılığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek bir miktarın belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir.³²⁷

³²⁶ D. 6. D. 25.12.2019 t. E:2019/8244; K:2019/15271 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:13.06.2020).

³²⁷ D. 13. D. 10/06/2020 tarihli ve E:2014/4335; K:2020/1350 s.k. (UYAP E.t.:09.01.2021).

Kusurun derecelendirilmesi aynı zamanda sorumluluğun da derecelendirilmesini sağlar. Özellikle zararın oluşmasında birden fazla idarenin kusurlu olması durumunda bu *idarelerin zarardan kusurları oranında sorumlu tutulması* ilkesi hem maddi hem manevi tazminat için eşdeğer önem arz etmektedir. Zira özel hukuktaki müştereken müteselsilen sorumluluk esasının aksine İdare Hukukunda davalı idarelerin zarardan kusurları oranında sorumlu tutulması esastır. Örneğe davacıların çocuğunun sulama kanalına düşmesi sonucu boğularak vefat etmesi olayında yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda Sulama Birliği 5/8 oranında, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü de 2/8 oranında kusurlu bulunmuş; İdare Mahkemesinin davalı idarelerin maddi ve manevi zararın tamamından müştereken sorumlu tutulmasına ilişkin kararı şu gerekçeyle bozulmuştur: “Davalı idarelerin kusur oranları bilirkişi raporu ile tespit edilmiş durumda iken; hükmedilen tazminat miktarının, idarelerin her biri için kusur oranlarına isabet eden kısmı ayrı ayrı hesaplanmak suretiyle davalı idarelerden tazminine karar verilmesi gerekmekte olup; her iki idareden kusur oranları dikkate alınmaksızın, müştereken tazminine hükmedilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.”³²⁸.

Öte yandan, zarar doğmasına sebebiyet veren her öznenin kendi verdiği zarardan sorumlu tutulması gerektiği de açıktır. Örneğin, uyuşmazlığa konu olayda polis memuru olan davacının hizmet içi eğitim kursunda bulunduğu sırada arkadaşının silahından çıkan kurşunla yaralanması sonucu uğradığını ileri sürdüğü maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle İçişleri Bakanlığına karşı açtığı davada, İdare Mahkemesi; daha önce zararın meydana gelmesinde %100 kusurlu olduğu tespit edilen diğer kamu görevlisine karşı adli yargı yerinde açılan dava sonucunda verilen kararlar davacının manevi zararının tamamının karşılanmış olduğu, aynı olay ve aynı zararlar ilgili olarak ikinci kere tazminata hükmedilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Kararı temyizen inceleyen Danıştay 10. Dairesi, adli yargı yerinde davacıyı yaralayan diğer kamu

³²⁸ D.10. D. 18.01.2017 t. E:2016/746; K:2017/197 s.k. (UYAP E.t.:25.04.2021).

görevlisine karşı, idari yargı yerinde de İçişleri Bakanlığına karşı işbu davanın açıldığına, dolayısıyla her iki davada davalıların farklı olduğuna vurgu yaparak, İdare Mahkemesince hükmedilecek manevi tazminat tutarı belirlenirken adli yargı yerinde hükmedilen manevi tazminatın dikkate alınmaması gerektiği gerekçesiyle İdare Mahkemesi kararını bozmuştur³²⁹.

Burada ilgili kamu görevlisi ve anılan idarenin davacıya ayrı ayrı manevi zararlar verdiği, manevi tazminat sorumluluk sebeplerinin de birbirinden farklı olduğu (gerçek kişi yönünden bedensel zarardan kaynaklı olarak davacının kişilik hakkını ihlal etme söz konusu iken idare yönünden denetim ve gözetim sorumluluğunu yerine getirmeme, personelin eğitimi için gerekli özeni göstermeme vb.) her iki öznenin kendi verdiği zararı ayrı ayrı tazmin etmesi gerektiği açıktır. Dolayısıyla adli yargı yerinde kişi lehine hükmedilen manevi tazminat idarenin kendi verdiği manevi zarardan sorumluluğunu azaltma etkisine sahip değildir, davalı idare tarafından da bu nedenle hükmedilecek tazminattan indirim yapılması gerektiği ileri sürülemez³³⁰.

Bu duruma benzer biçimde, manevi zararın doğmasına birden fazla hakkın ihlalinin neden olabileceği hususu da göz ardı edilmemelidir. Örneğin, davacı kadının gebelik takibi süresince yanlış teşhis ve tedavi yapıldığı, bu suretle diğer davacı eş ile bebeklerini kaybetmelerine neden olunduğu, ayrıca hasta dosyasının kendilerine verilmediğinden bahisle uğranıldığı ileri sürülen manevi zararlara karşılık olarak 10.000,00-TL manevi tazminatın ödenmesi istemiyle hastane idaresine karşı açılan

³²⁹ D.10. D. 25.12.2014 t. E:2010/12048; K:2014/8196 s.k. (UYAP E.t.:21/04/2021).

³³⁰ Bu aşamada idarenin rücu hakkını ne şekilde kullanacağı ayrıca tartışılabilir. İdarenin kamu görevlisinin kusuru nedeniyle oluşan zararı tazmin ettiği ve ödediği miktar için kamu görevlisine rücu ettiği bir durumda, zararın niteliğine ve kaynağına özellikle dikkat edilmesi gerekir. Örnek uyuşmazlıktaki koşullar altında, davalı idarenin ödediği tazminatı zarar verici fiili gerçekleştiren kamu görevlisine rücu etmesinin mümkün olmadığı; zira yukarıda da vurgulandığı gibi sorumluluk sebeplerinin farklı olduğu, ancak -düşük bir ihtimal olmakla birlikte- denetim, gözetim veya eğitimle yükümlü personele rücunun mümkün olduğu ileri sürülebilir. Öte yandan, aynı olayda kamu görevlisinin kişisel kusuru ile hizmet kusurunun bir arada bulunması halinde, idarenin ödediği zararın tümü için değil yalnızca bir kısmı için kamu görevlisine rücu etmesinin söz konusu olabileceği ileri sürülebilir (bkz. GÖZLER, 2019, s. 1153).

davada Danıştay 15. Dairesi, öncelikle davanın gebelik takibindeki tıbbi hatalar ile hasta dosyasının verilmemesi olmak üzere iki iddia üzerine kurulu olduğunu tespit etmiştir. Tıbbi hata iddialarına ilişkin kısım yönünden; olayla ilgili olarak Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen bilirkişi raporunda uygulanan takip ve tedavilerin tıp kurallarına uygun olduğu yolunda görüş bildirilmesi nedeniyle davalı idarece sunulan sağlık hizmetinin kusurlu işletilmediği gerekçesiyle manevi zararın oluşmadığına karar verilmiştir. Bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmediği iddialarına ilişkin kısım yönünden ise³³¹; davacıların hasta dosyası ile diğer bilgi ve belgeye ulaşmada yaşanan gecikme nedeniyle de manevi zarara uğranıldığı iddialarının İdare Mahkemesi tarafından değerlendirilmediğine dikkat çekilmiş ve bilgi edinme hakkı ihlalinin manevi tazminat gerektirip gerektirmeyeceği sorunu ayrıca incelenmiştir. Bilgi edinme hakkının kullanımına ilişkin başvurunun süresinde ve eksiksiz biçimde cevaplanmamasının hizmetin geç işlemesi niteliğinde bir hizmet kusuru oluşturduğu; bu yolla çocukları ölü olarak doğan anne ve baba nezdinde, sağlık uygulamalarının kusurlu işletildiği hususunda yaratılan şüphe ve ruhsal çöküntünün manevi tazmin talebinin karşılanması gereğini ortaya koyduğu gerekçesiyle davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararı bozulmuştur³³².

Sonuç olarak, düzgün işlemekle yükümlü idarenin zarar doğurucu olayın meydana gelmesindeki hizmet kusurunun ağırlığının İdari Yargılama hukukunda manevi tazminata hükmedilirken dikkate alınması gereken esaslı unsurlardan olduğu ve takdir edilmesi

³³¹ Kararın incelenmesinden; karar metninde davacı kadının “4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ve Hasta Hakları Yönetmeliği gereğince, kendi hasta dosyasın tamamının, epikriz, ölüm raporu, varsa ölüm nedenini de açıklayan belgeler ve diğer belgelerin onaylı birer nüshasının tarafına verilmesi” istemli başvurusu üzerine Üniversite Rektörlüğü ve Hastane Başhekimliği arasında yapılan, belgelerin eksik olduğuna ilişkin yazışma silsilesinin aktarıldığı, nihayetinde Başhekimlikten gelen belgelerin gönderilmesiyle yetinildiği, dolayısıyla belgelerin eksiksiz biçimde verilmediği, bunun üzerine davacının Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna yaptığı itiraz kabul edilerek “Hasta Hakları Yönetmeliği’ne göre zaten ilgili kişiye karşı aleni olması gereken, hastanın kendisine ait bilgi ve belgelerin, 4982 sayılı Kanun’da düzenlenmiş olan istisnalar kapsamında da olmadığı anlaşıldığından, anılan Kanun’un Bilgi Verme Yükümlülüğü başlıklı 5. maddesi uyarınca başvuru sahibinin erişimine açılmasına...” karar verildiği anlaşılmaktadır.

³³² 15.04.2015 t. E:2014/5076; K:2015/2184 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:21/06/2021).

gereken manevi tazminat miktarını artıran bir etkisinin bulunduğu, ancak manevi tazminata hükmedilebilmesi için ağır hizmet kusuru bulunmasının gerekli olmadığı rahatlıkla söylenebilir.

b. Müterafik Kusur

Zarara uğrayan kişinin zararın meydana gelmesine veya çoğalmasına bir katkısı olmuşsa müterafik ya da müterafik yani ortak/bir arada bulunan/birlikte/karışan/bölüşük kusurun varlığından bahsedilir. Bu katkı; zarar verici fiilin gerçekleşmesine zemin hazırlanması, gerçekleşmesinin kolaylaştırılması veya engellenmemesi, zararın hafiflemesi için gerekli önlemlerin alınmaması veya ağırlaşmasına sebebiyet verilmesi gibi değişik biçimlerde olabilir. Müterafik kusur durumu, TBK'nın 52. maddesinin1. fıkrasında düzenlenmiş; zarar görenin zararın doğmasında ya da artmasında etkili olması yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması söz konusu ise hâkimin tazminatı indirebileceği veya tamamen kaldırabileceği açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla müterafik kusur, tazmin borcu doğurmayan ancak tazminat hakkını azaltan bir kusurdur³³³.

Müterafik kusurun tazminat üzerindeki bu azaltıcı etkisi iki farklı biçimde yorumlanmıştır. Bunlardan ilki, zarar görenin zararın doğmasında ortak kusurunun varlığını manevi tazminat talebinin kabulüne engel olarak görmektedir³³⁴ ki bu şekilde aslında "kusurun ağırlığı"nı “önemsiz” hale getirmektedir. Dolayısıyla bu kabule göre manevi tazminata hükmedilmesi için zarar görenin kusursuz olması gerekmektedir.

³³³ Von TUHR, 1983, s. 99.

³³⁴ Zira bu düşünce ancak davalının ağır kusurlu olması halinde manevi zararın tazmin edilebileceği, zarar görenin müterafik kusurunun bulunduğu her durumda davalının kusurunun ağır olmaktan çıkacağı kabulüne dayanmakta olup, bu yöndeki Yargıtay içtihadı terk edilmiş bulunmaktadır. Bkz. TANDOĞAN, 2010, s. 343. Saymen, İsviçre Federal Mahkemesinin müterafik kusurun tazminatın tamamen kaldırılması değil tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği yolundaki bir kararına atıfla bu düşüncayı eleştirmiştir (SAYMEN, 1940, s. 140).

İkinci düşünce ise, müterafik kusurun her hâlükârda manevi tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı, bunun ancak belli şartların varlığı halinde mümkün olduğu yolundadır.

Müterafik kusurun tazminata etkisi iki farklı biçimde yorumlanmış olmakla birlikte her ikisinin ortak yönü bu etkinin olumsuz olarak değerlendirilmesi olmuştur³³⁵.

Yargıtay'ın ilk yorum kapsamında verilmiş kararları bulunmakla birlikte, 22.06.1966 tarihli ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında da belirttiği, müterafik kusur veya birlikte sebebiyet verme durumunun manevi tazminata hükmedilmesine engel olmadığı, ancak müterafik kusur oranının manevi tazminata hükmedilmesini haksız veya yersiz kılacak derecede ağır ve büyük olması halinde manevi tazminata

³³⁵ TANDOĞAN, 2010, s. 318-323; ÖZAY, 2010, s. 219. Fransız İdari yargısının zarar görenin kusurunun değerlendirilmesinde katı davrandığı belirtilmektedir, buna ilişkin karar örnekleri için bkz. ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 213. Danıştay'ın da bu konuda katı yaklaşım sergilediği kararlar bulunmaktadır. Örneğin jandarma erinin vurulmuş bir hayvanı almak için, korumakla görevli olduğu mayınlı sahaya girmesi sonucu meydana gelen patlamada ölmesi olayında zararın ölenin kendi kusuru nedeniyle meydana geldiği, bu nedenle idarenin sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen kararın onanmasına karar verilmiştir. Danıştay savcısının görüşü ise ölenin korumakla görevli olduğu saha hakkında yeterli düzeyde bilgilendirilmemesi nedeniyle hizmet kusuru bulunduğu yolundadır. Bkz. ÖZAY, 2010, s. 219. Yakın tarihte verilen bir başka kararda Danıştay, Atıman - Türkiye (B. No: 62279/09) davasında AIHM tarafından AIHS'in 2. maddesiyle korunan yaşam hakkının hem usul hem de esas yönünden ihlal edildiğine karar verilmesi dikkate alınarak ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılması gerektiği gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat taleplerinin tamamının kabulü yolunda verilen İdare Mahkemesi kararına taraflarca yapılan istinaf başvurusunun reddi yolundaki kararı, davacılar yakınının içinde bulunduğu araca jandarma kontrol noktasında dur ihtarı yapılmasına rağmen aracın durmadığının ve kendisinden önce durdurulmuş olan -ve kaçak mallar taşıdığı tespit edilen- kamyonun yanından geçerek yoluna devam etmeye çalıştığının anlaşıldığı, bu haliyle güvenlik güçlerinin yaptığı ihtarla uyulmaması sonucu meydana gelen zararda davacılar Hamdi Atıman'ın da kusurunun olduğu, müterafik kusurun dikkate alınması gerektiği gerekçesiyle bozmuştur. Bozmaya uyma sonrası İstinaf Mahkemesince davacıların zararın meydana gelmesinde %20 oranında müterafik kusuru olduğu gerekçesiyle verilen karar, onanarak kesinleşmiştir Danıştay 10. D. 18.02.2021 t. E:2021/31; K:2021/637 sayılı kararı. (UYAP kapalı ortamından E.t.:19.05.2021) Anılan ihlal kararına bakıldığında, AIHM; başvuran ve yanındaki kişinin silahsız olduğunda ve jandarmaların kendilerini kaçakçılık şüphesi üzerine durdurmak istediklerinde ihtilaf bulunmadığı; Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği ile Kaçakçılığın Önlenmesine İlişkin Kanun'un ateşli silahların kullanımıyla ilgili iki ayrı düzenleme içermesinin yasal belirsizliğe neden olduğu, güç kullanımına ilişkin yasal çerçevenin temelde kusurlu olduğu bu nedenle Sözleşme'nin 2. maddesinin esas bakımından ihlal edildiği; başvuranın -dava dosyasında da ileri sürdüğü- yüksek hızda yokuş aşağı gitmekte oldukları ve frenler bozulduğu için duramadıkları, frenlerin çalışmadığını camdan dışarı bağırarak ve el kol işaretleriyle anlatmaya çalıştıkları iddialarına ilişkin olarak, Cumhuriyet Savcısının bu iddiaya önem vermemesi ve konunun bağımsız bir uzman tarafından incelettilmemesinin hem yargılama sürecinin bütününün bağımsızlığına gölge düşürdüğü hem de söz konusu iki kişinin askerler tarafından yaralanmış olmasına ilişkin önemli delillere zarar verilmesi ya da görmezden gelinmesi riskinin doğduğunu vurgulayarak Sözleşme'nin 2. maddesinin usul bakımından ihlal edildiği yolunda karar vermiştir. Kararda davacıya atfedilecek herhangi bir kusurdan bahsedilmemişken, yerel mahkemelerce dur ihtarına uymama nedeniyle davacının müterafik kusuru olduğu sonucuna varılmıştır.

hükmedilmeyebileceği yorumunun benimsendiği, örneğin; zarar görenin %60 oranındaki müterafik kusurunun varlığı nedeniyle tazminata hükmedilmemesi gerektiğini belirterek tazminattan müterafik kusur oranı kadar indirim yapılmasını bozma sebebi yaptığı kararlar yıllar içinde ağırlık kazanmıştır³³⁶.

Danıştay'ın bir kararında da belirttiği üzere; “İdarenin, kendisine görev olarak verilen kamu hizmetini yürüttüğü sırada; kişilerin, idarenin hizmet kusuru oluşturan eylemi nedeniyle uğradıkları özel ve olağandışı zararları³³⁷ tazminle yükümlü olduğu idare hukuku ilkelerindendir.

Ancak hizmet kusuru esasına göre idarenin tazmin sorumluluğuna gidilebilmesi için idarenin yapmakla görevli olduğu kamu hizmetini yerine getirirken hizmetin örgütlenmesinde, denetlenmesinde ve gerekli önlemlerin alınmasında yükümlülüklerini yerine getirmediğinin açıkça belirlenmesi, üçüncü kişi ya da zarara uğrayanın kusuru gibi idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da azaltan durumların araştırılması gerekmektedir.”³³⁸

“Müterafik kusur (ortak kusur), zarara uğrayanın, zararın doğumuna veya zararın artmasına yardım (etki) etmesidir. Böyle bir durumda, zarara uğrayana ve

³³⁶ 4. HD 24.05.1951 tarihli ve E:4073; K:2081 sayılı karar akt. FRANKO, 1973, s. 138. Tandoğan ve Saymen de özellikle, zarar görenin kusurunun zarar verenin kusurundan ağır olduğu hallerde zarar gören lehine tazminata hükmedilmemesi gerektiği görüşündedir. Tazminat hakkını ortadan kaldırması gereken bu tür durumlara örnek olarak zarar görenin haksız fiil boyutuna varan bir davranışının olması hali gösterilmektedir (SAYMEN, 1940, s. 141); (TANDOĞAN, 2010, s. 342). İdari yargı alanındaki kimi uyuşmazlıklarda da benzer yaklaşım benimsenmiştir. Davacıların araçla seyahat halinde iken Jandarma ekiplerince yol araması sırasında yapılan dur ihtarına ve ikaz atışına rağmen aracı durdurmayarak kaçmaya devam etmesi üzerine, aracın başka türlü durdurulamayacağının anlaşılması nedeniyle açılan ateş sonucu yaralanmalarından kaynaklı maddi ve manevi tazminat istemli davaya ilişkin uyuşmazlıkta; jandarmaya tanınan silah kullanma yetkisinin şartlarının oluştuğu ve hakkında açılan ceza davası sonucu aracı kullanan davacının olay esnasında sigara kaçakçılığı yaptığı hususunun sübuta erdiği, bu nedenle meydana geldiği ileri sürülen zararın oluşumunda, davalı idarenin herhangi bir hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen karar onanmıştır. Bkz. Danıştay 10. D. 24.09.2020 t. E:2015/3199; K:2020/3240 sayılı karar (UYAP kapalı ortamından E.t.:19.05.2021).

³³⁷ “Özel ve olağan dışı zarar” kalıbı aslında kişi yönünden özel olma durumunu ve olağan dışılığı ifade etmektedir, zararın genel geçer anlamda özellikli ve olağanüstü boyut ve miktarda olması gerekmez (DURAN, 1974, s. 50).

³³⁸ D. 10. D. 05.11.2020 t. E:2020/951; K:2020/4577 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:24.04.2021).

*yakınlarına ödenecek tazminat miktarları müterafik kusur oranında orantısal olarak azaltulmalıdır.*³³⁹

Danıştay müterafik kusurun tazminat üzerindeki azaltıcı etkisini kabul etmektedir; “Zararın doğuşunda, çoğalmasında veya önlenmemesinde idare yanında zarar görenin de eşlik eden (müterafik) kusuru varsa, bu durum ödenecek tazminat tutarını eksiltici bir neden olur. Zarar görenin eyleminin, zararın doğmasında başlıca etken olduğu hallerde ise, zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağı kalmaz ve idare sorumluluktan kurtulur.

*Zarar görenden kaynaklanan fiil ve davranışın idarenin sorumluluğunu kaldırabilmesi için, zararın doğumunda esaslı rol oynaması, idarenin fiil ve davranışıyla zarar arasındaki nedensellik bağına tamamen kesecek bir nitelikte bulunması gerekir.*³⁴⁰³⁴¹

Danıştay’ın müterafik kusura yaklaşımının Yargıtay’dan ayrılan yönü ise, bizim de katıldığımız biçimde, davacı lehine bir yorumla, kişinin müterafik kusuru %80-90 gibi yüksek oranlarda olsa dahi tazminatı tümünden kaldırmaktansa takdir edilecek manevi tazminat üzerinden müterafik kusur oranında indirim yapma yoluna gitmekte, bu ağır

³³⁹ D. 10. D. 05.07.2017 t. E:2016/638; K:2017/3509 s.k. (UYAP E.t.:31.10.2020).

³⁴⁰ D. 8. D. 14.05.2015 t. E:2014/6214; K:2015/4658 s.k. (UYAP E.t.:24.04.2021).

³⁴¹ Aynı Dairenin manevi tazminat yönünden ayrıkısı kararları da bulunmaktadır. Örneğe davacıların iki çocuğunun gölete düşerek hayatlarını kaybetmesi nedeniyle anne ve babanın her biri için her iki müteveffa çocuk için ayrı ayrı 70.000,00-TL manevi tazminat istemiyle açılan davada yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu davalı idarenin asli kusurlu olduğu, müteveffa çocukların anne ve babasının da tali derecede kusurlu oldukları belirtilmiştir. Davacı anne ve babanın biri 5, diğeri 13 yaşında bulunan çocuklarının boğulma tehlikesi olan su kanalına yakın bir yere gitmeleri hususunda bakım, denetim ve gözetim görevini hiçbir şekilde yerine getirmedikleri, bu nedenle meydana gelen ölümlü olayda %50 oranında kusurlu oldukları sonucuna varan İdare Mahkemesinin %50 müterafik kusur oranını gözeterek her iki müteveffa çocuk için ayrı ayrı 35.000,00-TL üzerinden kurduğu hüküm, manevi zararın tazminine hükmedilirken ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak, olay nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabın kısmen giderilmesini ifade edecek, idarenin hukuka aykırı davranışını ortaya koyacak bir miktar belirlenirken **maddi tazminattaki gibi davalıların kusur oranları değil ilgililerin olay nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabın mahkemece resen takdir edilmek sureti ile belirlenmesi gerektiği, İdare Mahkemesince manevi tazminat belirlenirken % 50 kusur oranının dikkate alınarak manevi zarar sonucunda ödenecek miktarın belirlenmesinde hukuki isabet bulunmadığı** gerekçesiyle bozulmuştur (D. 8. D. 21.11.2017 t. E:2016/1958; K:2017/8258 s.k. (UYAP E.t.:25.04.2021)).

kusur durumunu kişinin zarara kendisinin sebebiyet vermiş olması olarak nitelememektedir³⁴².

İdari yargıda, kamu görevlileri yönünden görevin gerektirdiği dikkat ve özenin gösterilmemesi, kişiler yönünden yasak olduğunun bilinmesine rağmen askeri yasak bölgeye girilmesi, kişinin kendi can güvenliğini sağlamak üzere tedbir ve dikkat yükümlülüğünü yerine getirmemesi, su borularının patlaması veya elektrik kontağından çıkan yangın gibi olaylardan kaynaklı zararın tazmini istmlı davalarda yapının ruhsatsız olması ya da gerekli izinlerin alınmamış olması gibi sıklıkla karşılaşılan uyuşmazlıklarda görüldüğü üzere kurallara aykırı davranışlar müterafik kusura yol açmaktadır. Bu nedenle müterafik kusur durumunda müterafik kusurun ispatı idareye aittir³⁴³.

Hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluk hallerinde, zararın oluşmasında zarar görenin kusurunun olup olmadığı dikkate alınmaktadır. Ancak kusursuz sorumluluk hallerinde ortada idareye atfedilebilecek bir kusur bulunmadığından ortak kusur anlamına gelen müterafik kusur teriminin kullanılması doğru olmayacaktır³⁴⁴. Hizmet kusurunda tarafların kusur oranları, kusursuz sorumluluk halinde ise zarar görenin kusur oranı belirlenerek takdir edilen manevi tazminat miktarından bu orana göre indirim

³⁴² Davacıların yakınının dere üzerindeki demiryolundan geçerken dereye düşerek ölmesi sonucu uğranıldığı ileri sürülen zarara karşılık olarak 28.000,00-TL manevi tazminat istemiyle açılan davada, keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen bilirkişi raporu ile olayda davacıların yakını % 75 oranında davalı idare ise % 25 oranında kusurlu bulunmuş; İdare Mahkemesince manevi tazminat isteminin idarenin sorumlu olduğu orana denk düşen 7.000,00-TL'lik kısmının kabulü yolunda verilen karar onanmıştır (D. 10. D. 03.10.2017 t. 2017/1023; K: 2017/3890 s.k.). Yine bir başka olayda; davacının yolcu olarak bulunduğu ölen yakınının sevk ve idaresindeki araca hemzemin geçitte tren çarpması sonucu yaralanması nedeniyle 20.000,00-TL manevi tazminat istemiyle açılan davada, keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen bilirkişi raporu ile olayda ölen sürücünün asli ve %90 oranında kusurlu olduğu tespit edilmiş, İdare Mahkemesince manevi tazminat isteminin idarenin sorumlu olduğu %10'luk orana denk düşen 2.000,00-TL manevi tazminat isteminin kabulü yolunda verilen karar onanmıştır (D. 10. D. 14.02.2018 t. E:2017/2017; K:2018/568 s.k.). Ancak aynı olayda aynı davacının aynı araçta yolcu olarak bulunan eşinin ölmesi nedeniyle 40.000,00-TL manevi tazminat istemiyle açtığı davada, İdare Mahkemesince 20.000,00-TL manevi tazminata hükmedilmesine ilişkin karar da onanmıştır (D. 10. D. 14.02.2018 t. E:2017/2232; K:2018/571 s.k.). Kararın ölüm olayına sebebiyet veren kişinin müterafik kusuru dikkate alınmaması yönüyle hatalı olduğu düşünülmektedir. (UYAP E.t.:25.04.2021).

³⁴³ ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 212.

³⁴⁴ TANDOĞAN, 2010, s. 319.

yapılmaktadır. İdare bir zarardan kusursuz sorumlu iken zarar görenin zararın oluşumuna katkısı varsa bu katkının oransal değeri zararı oluşturan tüm olgu ve olaylar dikkate alınarak belirlenmeye çalışılır, idarenin sorumluluğu da bu oranda azalacaktır. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk hallerinde varsa idarenin kusurunun tazmin borcu üzerinde etkisi bulunmasa da zarar görenin kusuru için aynı durum söz konusu değildir, yani müterafik kusurun menfi etkisi devam etmektedir³⁴⁵.

Yukarıda aktarılanlardan anlaşılacağı üzere, müterafik kusurun hükmedilen tazminatı azaltıcı etkisi yönünden manevi tazminat için maddi tazminattan ayrılan bir durum bulunmamaktadır. Ancak bu indirim unsurunun manevi tazminata ilişkin olarak özellik arz eden önemli yönü hangi aşamada dikkate alınacağı meselesidir denebilir.

Yargıtay, maddi tazminat hesaplarında tazminatın belirlenmesi için öncelikle zararlar ilgili indirim sebeplerinin -sigorta ödemesi vb. ödemeler- dikkate alınması gerektiğini, daha sonra tazminatla ilgili indirim sebeplerinin -müterafik kusur indirimi, üçüncü kişinin kusuru, beklenmeyen hal vb.- uygulanması gerektiğini belirterek tercihini davacı lehine bir yorumdan yana kullanmış gibi gözükmektedir³⁴⁶. Bu yaklaşıma göre zarar, zarar nedeniyle elde edilen yararların indirilmesi sonucu elde edilen miktarı ifade ederken tazminat, zarar miktarına tazminatla ilgili indirim sebeplerinin uygulanmasıyla ulaşılan sonuç miktarı ifade etmektedir. Dolayısıyla hâkim, tazminatı belirlemek için bu iki aşamalı yolu izlemelidir³⁴⁷.

³⁴⁵ DURAN, 1974, s. 49; FRANKO, 1973, s. 137; TANDOĞAN, 2010, s. 324; ÖZAY, 2010, s. 225.

³⁴⁶ “... Mahkeme tarafından müterafik kusur indiriminin davalı ödemesinin tenzilinden sonra yapılması gerekirken önce yapılarak davacı aleyhine durum yaratıldığı anlaşılmaktadır. ... Bu durumda mahkemece, davacı için hesaplanan destek tazminatı miktarından (davacı ... için 101.022,44-TL’den) öncelikle davalı tarafından yapılan ödeme miktarlarının güncellenmiş tutarının mahsup edilmesi, daha sonra belirlenen bedel üzerinden %20 oranında müterafik kusur indirimi yapılması suretiyle sonuç tazminatın belirlenmesi gerekirken, zarar ve tazminatın belirlenmesindeki sıraya aykırı olarak davacı aleyhine olacak şekilde yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” 17. Hukuk Dairesi 08.07.2020 t. E:2019/4295; K:2020/4509 s.k.. Aynı görüşte bkz. TEKİNAY vd., 1993, s. 590). Zararla ilgili indirim sebeplerinin uygulanması denkleştirme başlığında ayrıca ele alınacaktır.

³⁴⁷ TERCIER, PICHONNAZ, & DEVELİOĞLU, 2016, s. 580-581.

Manevi tazminattan düşülmesi gereken hesaplanabilir zarar kalemleri bulunmadığından³⁴⁸ takdiri etkileyen hususlar devreye girmektedir. İdari yargı yerlerince de yapılanın olayın tüm özellikleri ve davacının talep ettiği miktar gözetilerek davacı için bir manevi tazminat takdir edildikten sonra müterafik kusur oranının bu miktara uygulanması şeklinde olduğu görülmektedir. Müterafik kusurun toptancı bir yaklaşımla takdiri etkileyen diğer unsurlar arasında değerlendirilmediği, mutlaka ayrıca ele alındığı açıktır.

Nitekim Danıştay içtihadı da “... Müterafik kusurun bulunduğu hallerde manevi tazminat miktarının, uğranılan zarar karşılığı takdir edilecek miktara kusur oranlarının uygulanması suretiyle ve davacılar tarafından istenilen miktar aşılmayacak şekilde belirlenmesi gerektiği”³⁴⁹ yönündedir. Dolayısıyla, ilkesel olarak maddi zararın bilirkişi tarafından hesaplandıktan sonra müterafik kusur indiriminin uygulanması gibi manevi zararın da önce takdiren belirlenmesi sonra kusur indiriminin uygulanması söz konusu olmaktadır.

Ancak Danıştay kararları incelendiğinde bu konudaki ilkenin yorumlanma biçiminin zaman içinde farklılaştığı anlaşılmaktadır. Örnek uyuşmazlıkta davacıların çocuğu ikinci derece askeri yasak bölge kapsamında kalan bölgede koyun otlatırken yerde bulduğu mayının elinde patlaması sonucu iki elinden ve gözlerinden yaralanmış ve uzuv kaybına uğramıştır. Olay nedeniyle uğranılan manevi zararlara karşılık olarak yaralanan çocuk için 10.000,00 TL, annesi ve babası olan diğer davacılar için ayrı ayrı 5.000,00 TL manevi tazminat istemiyle açılan davada İdare Mahkemesi; olay tarihi itibarıyla 10 yaşında bulunan çocuğun, ikinci derece askeri yasak bölge kapsamında kalan bölgede, babasına ait koyunları otlatırken yerde bulduğu patlayıcı maddeyle oynayarak patlamasına neden olmasından dolayı, anne ve babasının da gözetim ve denetim

³⁴⁸ Aksi yönde görüşlere daha önce yer verilmişti. Bkz.(EREN, 2017, s. 556-557; ANTALYA, 2017, s. 18).

³⁴⁹ D. 10. D. 18.01.2017 t. E:2016/746; K:2017/197 (UYAP kapalı ortamından E.t.:25.04.2021).

sorumluluğunu gereğince yerine getirmemesinden dolayı olayın meydana gelmesinde kusuru bulunduğundan tazminata hükmedilirken davacıların % 50 oranında müterafik kusurlu olduğu dikkate alınarak, talebi aşmayacak tutarda tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle çocuk için 5.000,00 TL annesi ve babası olan diğer davacılar için ayrı ayrı 2.500,00 TL manevi tazminatın ödenmesine karar vermiştir. Anılan karar temyiz incelemesinde; müterafik kusurun bulunduğu hallerde hükmedilecek manevi tazminat miktarının, davacı tarafından talep edilen manevi tazminat tutarı üzerinden kusur oranının uygulanması suretiyle değil, meydana gelen olayda uğranılan manevi zararın Mahkemece takdir edilen parasal karşılığına kusur oranının uygulanması suretiyle ve istemle bağlı kalınmak kaydıyla belirlenmesi gerektiği; idarenin hizmet kusuru, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alındığında, mahkemece davacı için takdir edilen manevi tazminat miktarının, duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa giderecek, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığı manevi tazminatın mahkemece yeniden belirlenmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.

İdare Mahkemesinin ilk aşamada davacılar tarafından talep edilen miktarlara müterafik kusur oranını uyguladığı açık olduğundan, ilgili Danıştay Dairesi bu kararında üstü örtülü olarak Mahkemenin aslında talep edilenden daha fazla bir miktarı takdir etmesinin mümkün olduğunu, müterafik kusur indiriminin uygulanması sonucunda elde edilen miktar talep edileni aşmıyorsa bunun kabul edilmesi gerektiğini söylemektedir³⁵⁰. Yargılamanın devamında, davacılar manevi tazminat talepleri yönünden miktar artırımını talebinde bulunmuş, çocuk için 20.000,00 TL, annesi ve babası olan diğer davacılar için

³⁵⁰ Aynı Daire bir başka kararında ise bu durumu açıkça ifade etmiştir; “Mahkemece takdir edilen manevi tazminat tutarının, davacının talep ettiği miktardan fazla olması halinde, takdir edilen tazminat tutarına kusur oranının uygulanması sonucu, davacıların talep ettiği manevi tazminat tutarının tamamına dahi hükmedilmesi mümkündür.” D. 10 D. 20.04.2016 t. E:2013/3449; K:2016;2155 s.k.. Karar henüz kesinleşmemiştir (UYAP kapalı ortamından E.t.:02.05.2021). Bir başka uyuşmazlıkta ise farklı bir Dairenin aynı gerekçeye Mahkemece hükmedilen manevi tazminatın fazla bulunduğu ve bu nedenle bozulduğu bir kararında yer verdiği görülmektedir D. 8. D. 13.11.2019 t. E:2017/541; K:2019/10033 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:25.04.2021).

ayrı ayrı 10.000,00 TL manevi tazminat istemlerinin kabulü yolunda verilen kararın onanarak kesinleşmiş³⁵¹ olması bu çıkarsamayı doğrulamaktadır.

Davacılar yakınının 5/8 oranında müterafik kusurlu olduğu bir başka uyuşmazlıkta, İdare Mahkemesince ölenin eşi ve çocukları olan davacıların manevi tazminat taleplerinin tam kabulüyle eş için 20.000,00 TL, çocuklar için 10.000,00 TL tazminata hükmedilen karar ise “İdare Mahkemesince; talep edilen manevi tazminat miktarı üzerinden takdir edilecek kısma, müterafik kusur indirimi uygulanmak suretiyle davacıların manevi tazminat istemi yönünden yeniden bir karar verilmesi gerektiği”³⁵² gerekçesiyle bozulmuştur.

Bu kararlara ilişkin tartışma İdare Mahkemesinin davacıların talep ettiği manevi tazminat miktarının üzerinde bir miktarı takdir edip edemeyeceği, takdirin üst sınırının ne olduğu noktasında toplanmaktadır. İleride detaylı biçimde ele alacağımız taleple bağlılık ilkesi talep edilenden fazlasına hükmedilemeyeceği anlamına geldiğinden, Mahkemenin takdirinin taleple sınırlı olmadığı söylenebilir. Ancak bizzat davacı kendi manevi zararına örneğin 10.000 TL pay biçmişken Mahkemenin daha fazlasını öngörmesinin doğruluğu şüpheli konuma düşmektedir. Bir yanda müterafik kusurun manevi tazminata etki etmeyeceği yolunda kararlar, bir yanda da mütrafik kusurun talep edilen miktara mı takdir edilen miktara mı uygulanacağı konusunda farklı yorumlara dayanan kararlar bulunmaktayken müterafik kusurun manevi tazminata etkisi hususunda Daireler arasında içtihat birliği bulunduğu söylenmesi güç gözükmektedir.

³⁵¹ D. 10. D. 13.02.2018 t. E:2017/787; K:2018/339 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:25.04.2021).

³⁵² D. 10. D. 17.06.2019 t. E:2018/3848; K:2019/4843 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:25.04.2021).

Son olarak; yukarıda yer verilen 17/06/2019 tarihli karardan da anlaşılacağı üzere, zarar görenin müterafik kusuru ölüm halinde mirasçılara, destekten yoksun kalanlara karşı da ileri sürülebilir³⁵³.

2. İlliyet Bağı

İdarenin sorumluluğu açısından illiyet bağı zararın idareye atfedilebilir nitelikte olmasını sağlayan mantıklı her türlü bağlantıyı ifade eden ilgili olma durumudur. Bir görüşe göre illiyet bağının kurulabilmesi için idarenin eylemi ile zarar arasında sebep sonuç ilişkisinin kurulması gerekir³⁵⁴, diğer bir görüşe göre illiyet bağı eylem ile zarar arasındaki subjektif ilişkide değil kamu hizmeti ile zarar arasında aranması gereken, klasik sebep sonuç ilişkisinden farklılaşan, objektif bir nedensellik örüntüsünü anlatır³⁵⁵.

Konunun en başında yer verdiğimiz kararda da belirtildiği üzere, *zararı doğuran işlem veya eylemin idareye yüklenebilir nitelikte olması, yani ortaya çıkan sonuçla işlem veya eylem arasında uygun bir illiyet bağının bulunması* tazmin borcunun doğması için gereklidir³⁵⁶. “Zararla idari faaliyet arasında nedensellik bağının bulunmaması zararın idari faaliyetten doğmadığını gösterir”³⁵⁷. İdari faaliyetten kaynaklı olmayan zararların idare tarafından tazmininin mümkün olmayacağı açıktır. Zararın zarar gören kişinin kendi eyleminden doğması, zararın üçüncü kişilerin eyleminden doğması, zararın beklenmeyen

³⁵³ TANDOĞAN, 2010, s. 325. “Müterafik kusur (ortak kusur), zarara uğrayanın; zararın doğumuna veya zararın artmasına yardım (etki) etmesidir. Böyle bir durumda, zarara uğrayana veya mirasçılara ödenecek tazminat miktarları müterafik kusur oranında orantısız olarak azaltılmalıdır.” Yukarıda bahsedilen Hamdi Atıman ve eşinin davacı olduğu (10.10.2019 t. E:2019/7520; K:2019/6506 sayılı) bozma kararından.

³⁵⁴ ÖZGÜLDÜR, 2004, s. 830; GÖZLER, 2019, s. 1338-1339.

³⁵⁵ Akın Düren, İdare Hukuku Dersleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979, s. 328-329’dan akt. ÖZGÜLDÜR, 2004, s. 830 vd.; YILDIZ, Hayrettin, “İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağı Meselesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 116, 2016, s. 149.

³⁵⁶ Kusursuz sorumlulukta olayla zarar arasında illiyet bağının kurulmasının yeterli olduğu hakkında bkz. OZANSOY, 1989, s. 34.

³⁵⁷ D. 10. D. 20.01.2016 t. E:2013/4403; K:2016/293 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:24.04.2021).

hallerden veya mücbir sebeplerden kaynaklanması halleri zarar ile idari faaliyet arasındaki illiyet bağının kesilmesine neden olur³⁵⁸.

İllyet bağının kesilmesinin idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırma etkisi maddi ve manevi tazminat istemleri yönünden aynıdır. Danıştay yakın tarihte verdiği bir kararda illiyet bağının zayıflığının zarardan takdiri indirim sebebi yapılamayacağını kabul etmiştir.

Uyuşmazlıkta, davacılar yakını askerlik görevini yaptığı sırada eğitim alanına intikal amacıyla yaptırılan iki saatlik yürüyüşün sonrasında fenalaşmış ancak günlük eğitime devam ettirilmiş; ertesi gün 2 gün yatak istirahati verilmiş, durumunun git gide kötüleşmesi sonucu dört gün içinde yaşamını yitirmiştir. Davacılar yakınının ölüm sebebinin ne olduğunun, ölümüne bir hastalık sebep olmuşsa hastalığın bünyesel olup olmadığının, tetiklenmesine veya ilerlemesine askerlik hizmetinin sebep ve etkisi bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla iki ayrı bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Enfeksiyon uzmanı tarafından düzenlenen ilk raporda; hastalığın bünyesel olup olmadığını gösteren tetkik ya da belirtilerin mevcut olmadığı, ölüme neden olan hastalığın tetiklenmesinde ve ilerlemesinde askerlik hizmetinin sebep ve tesirinin olduğuna dair bir delil de bulunmadığı ancak hastalığın saptanmasına yönelik dosyanın bir nöroloji uzmanı tarafından da incelenmesinin uygun olacağı yönünde görüş bildirilmiştir. Nöroloji uzmanı tarafından düzenlenen ikinci raporda ise; kesin olmamakla birlikte ölüm sebebinin hastane verilerine göre sub araknoid kanama veya hızlı ve kötü seyirli Guillain Barre sendromu olabileceği, bu iki rahatsızlığın da bünyesel olmadığı, askere alınış muayenelerinde de tespitinin mümkün olmadığı, subaraknoidal kanamayı aşırı eforun

³⁵⁸ “İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edilebilmesi için maddi ve hukuki nitelikteki bazı sebep ve şartların bir araya gelmesi gerekir. Bunlardan birinin yokluğu sorumluluğun tamamen ya da kısmen ortadan kalkması sonucunu doğurur. Bunlar, tazmini gereken bir zararın bulunmaması hali ya da zarar ile idari eylem arasındaki nedensellik bağının kesilmiş sayıldığı hallerdir. Zararla idari eylem arasındaki nedensellik bağı; zararın zarar gören kişinin kendi eyleminden doğması, zararın üçüncü kişilerin eyleminden doğması, zararın beklenmeyen hallerden veya mücbir sebeplerden kaynaklanması hallerinde kesilmiş sayılır.” D. 8. D. 14.05.2015 t. E:2014/6214; K:2015/4658 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:24.04.2021).

tetikleyebileceği, Guillain Barre hastalığının ise kişinin 1-2 hafta önce geçirmiş olduğu enfeksiyonların sonucu olabileceği, askerliğin her iki hastalıkla da direkt olarak ilişkili olmadığı görüşü bildirilmiştir. Davacıların yakınlarının ölümü nedeniyle açtığı maddi ve manevi tazminat istemli davada İdare Mahkemesi, askerlik görevini yerine getiren kişinin ölümünden kaynaklı zararlardan hizmetin özelliklerinden kaynaklanan risk ve tehlikeler nedeniyle tehlikelilik esası uyarınca davalı idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu, ancak her iki raporda da yer verilen askerlik hizmetinin bu rahatsızlıkların oluşumuna doğrudan bir etkisinin bulunmadığı yolundaki tespitin illiyet bağıını zayıflattığı bu nedenle takdîri bir uygulama yapılması gerektiği gerekçesiyle maddi tazminat olarak, hesaplanan maddi zararın yarısının, yakınlarının vefatı nedeniyle duydukları ve ömür boyu duyacakları acı ve ızdıraplarının kısmen de olsa giderilmesi amacıyla olayın meydana geliş şekli, paranın alım gücü de dikkate alınarak davacıların uğradığı manevi zararlara karşılık olarak davacı annenin 50.000,00-TL manevi tazminat isteminin 35.000,00-TL'lik kısmının, davacı kardeşlerin ayrı ayrı 10.000,00-TL'lik manevi tazminat taleplerinin tamamının kabulüne, fazlaya ilişkin istemlerin reddine karar vermiştir.

Tarafların istinaf istemlerini inceleyen Bölge İdare Mahkemesi İdari Dava Dairesi; idarenin kamu görevlilerinin ve özellikle güvenlik personelinin görevlerini yerine getirdikleri sırada yaralanmaları ya da öldürülmeleri/ölmeleri nedeniyle uğranılan zararlardan “meslekî risk” ilkesi gereğince kusursuz sorumluluk ilke ve esaslarına göre sorumlu olduğu; zarara uğrayanın, zararın doğumuna veya zararın artmasına yardım etmesi durumunda, zarara uğrayana veya mirasçılara ödenecek tazminat miktarlarının müterafik kusur oranında orantısal olarak azaltılmasının mümkün olduğu ancak, *nedensellik bağının zayıf olduğu, nedenselliğin tam olarak ortaya konulmadığı gibi gerekçelerle idarenin bireylerin gerçek zararlarından sorumluluğu üzerinden “indirim”*

yapılmasına hukuksal olanak bulunmadığı³⁵⁹ gerekçesiyle hesaplanan maddi tazminatın tamamının ödenmesine, manevi tazminata yönelik istinaf istemlerinin reddine karar vermiş; anılan karar onanarak kesinleşmiştir³⁶⁰. Dolayısıyla Danıştay, meslekî riskin söz konusu olduğu durumda illiyet bağı yönünden bir değerlendirme yaparak bu bağı zayıf olduğu ya da tam olarak kurulamadığı gibi gerekçelerle kamu görevlisinin görevin neden ve etkisiyle uğradığı gerçek zararından sorumlu olan idarenin bu sorumluluğu üzerinden “indirim” yapılmasına hukuksal olanak bulunmadığı yolundaki Bölge İdare Mahkemesi görüşüne katılmış, sonuçta maddi tazminat yönünden İdare Mahkemesince yapılan taktîri indirim ortadan kaldırılmış, manevi tazminat miktarları ise yerleşik içtihat ile uyumlu olması nedeniyle uygun bulunmuştur.

Uyuşmazlıkta, bilirkişi raporlarından davacılar yakınının ölüm nedeninin kişide askerlik hizmetine girmeden önce mevcut bir hastalıktan kaynaklanmadığı, gerek askerlik hizmetinin genel koşulları gerekse müteveffanın ölümünden önce katılmış olduğu ve aşırı efor olarak kabul edilebilecek 2 saatlik yürüyüşü takip eden günlük eğitimin ölen kişide sonradan gelişen bahsi geçen rahatsızlıkları tetiklemiş olabileceği anlaşılmaktadır³⁶¹. Buna karşın İdare Mahkemesinin yalnızca ölüme neden olan hastalığın tetiklenmesinde ve ilerlemesinde askerliğin doğrudan bir etkisinin olmadığı yolundaki tespitlere dayanarak illiyet bağının zayıfladığını değerlendirmesi hatalı olmuştur. Üstelik İdare Mahkemesi illiyet bağının zayıflamasını hem maddi hem manevi tazminat yönünden dikkate alındığını belirtmişse de; maddi tazminattan %50 oranında indirim yapılırken, davacı kardeşler yönünden tazminat miktarında bu nedenle bir indirim yapılmadığı, davacı anne yönünden de talep üzerinden aynı oranda bir indirim yapılmak yerine yerleşik

³⁵⁹ Vurgu eklenmiştir.

³⁶⁰ D. 10. D. 14.05.2020 t. E:2019/8533; K:2020/1344 s.k. (UYAP E.t.:26.04.2021).

³⁶¹ AYİM’in hastalığın askerlik hizmeti esnasında ortaya çıkmasının her durumda idarenin tazmin sorumluluğunu gerektirmediği, hastalık ile askerlik hizmeti arasında uygun illiyet bağının bulunması gerektiği hakkında bir kararı için bkz. GÖZLER, 2019, s. 1345.

içtihatlarla uyumlu bir miktara hükmedildiği görülmektedir. Sonuçta hükmedilen manevi tazminat miktarlarının uygun bulunması nedeniyle kararın manevi tazminata ilişkin kısmı onanmıştır ve bizce de karar yerinde olmuştur. Kusursuz sorumluluk halinde müterafik kusur indiriminin uygulanabileceğinin açıkça belirtildiği Bölge İdare Mahkemesi kararındaki, illiyet bağının tam olarak ortaya konulamaması veya zayıf olmasının takdîri indirim sebebi yapılamayacağına ilişkin hükmün manevi tazminat üzerinde uygulanmasının önünde bir engel bulunmadığını düşünmekteyiz.

3. Zararın Ağırılığı

Manevi tazminata hükmedilmesi için manevi zararın ağır zarar niteliğinde olması gerekmez.

“Manevi tazminat sorumlunun kusuru kadar mağdurun çektiği üzüntüler de göz önünde tutulmak suretiyle takdir edilmelidir”³⁶².

Zararın ağırılığı, öncelikle ihlal edilen kişilik değerinin özel niteliğine göre belirlenir³⁶³. Bu anlamda genelleyici bir yaklaşımla kişilik haklarına yapılan her saldırının ağır zarar doğuracağı düşüncesi kabul görmemektedir³⁶⁴. TBK m. 58’de İBK m. 49, BK m. 49 hükümlerinin aksine zararın ağırılığı şartı aranmamakta olup doktrinde de manevi tazminata hükmedilmesi için zararın ağır olması gerekmediğinde görüş birliğine varılmıştır.

Manevi tazminata hükmedilmesi için zararın ağır zarar niteliğinde olması gerekmez. Ancak Danıştay’ın eski tarihli kararlarına bakıldığında manevi tazminata hükmetmenin ancak ağır zararın varlığı halinde mümkün olabileceğinin kabul edildiği görülmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi Danıştay sadece ağır hizmet kusurunun

³⁶² DESCHENAUX & TERCİER, 1983, s. 61.

³⁶³ SAYMEN, 1940, s. 111.

³⁶⁴ SAYMEN, 1940, s. 112.

varlığı halinde manevi tazminata hükmedilebileceği yolundaki içtihadını terk etmiş bulunmaktadır.

Ancak zararın ağırlığı, sorumluluğun kurulması aşamasında önem taşımasa da, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde en belirleyici etkenlerin başında gelmektedir³⁶⁵.

Zararın ağırlığını arttıran hususlar her uyuşmazlık bağlamında ilgili hak bakımından ayrıca değerlendirilmelidir; örneğin yaşam hakkının ihlalinde, ölüm sonucunun gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmaması, personelin iyi eğitilmemesi nedeniyle hukuka aykırı biçimde yapılan bir gösteri yürüyüşü veya toplumsal olay sırasında kalabalık bir ortamda kazara doğması ile kişinin devletin koruma ve gözetimi altında bulunduğu cezaevi, askeri birlik gibi bir yerde işkence sonucu gerçekleşmesi aynı şekilde değerlendirilmeyecektir. Zararın sürekli olması, devam eden ihlal durumu, ihlalin alenen gerçekleştirilmesi gibi zarar verici fiilin niteliğine ilişkin değişkenler de zararın ağırlığını belirlemede etkilidir. Bunun yanında zararın ağırlığının ölçülmesi için zarara uğrayanın yaşı, cinsiyeti, toplumdaki konumu, mesleği gibi unsurlara da bakılması önemli ve gerekli olabilir³⁶⁶.

Manevi tazminata hükmedilmesi için manevi zararın alelade bir üzüntüden daha ağır nitelikte olması gerekir.

Manevi tazminata hükmedilmesi için zararın mutlaka ağır zarar niteliğinde olması gerekmemekle birlikte manevi tazminat talebinin haklı görülmesi için uğranılan zararın makul bir önem ve ağırlıkta olmasının gerekli olduğu hususunda görüş birliği bulunmaktadır³⁶⁷. Her derecedeki manevi zarara karşılık olarak tazminat talebinin kabul

³⁶⁵ ANTALYA, 2017, s. 57.

³⁶⁶ SAYMEN, 1940, s. 112.

³⁶⁷ DESCHENAUX & TERCİER, 1983, s. 62; ARMAĞAN, 1997, s. 32; OĞUZMAN, 1990; SAYMEN, 1940, s. 180; TURAN BAŞARA, 2018, s. 55; “Zararın belli bir vahamette olması zorunluluğu, tazminatın istisnai niteliğinden ileri gelmektedir. Herhangi bir acı ve ıstırap manevi tazminat için yeterli değildir. Zararın, bir kişinin normal olarak katlanabileceği zarardan fazla olması gerekir.”

görmesi mümkün değildir³⁶⁸. Kişinin uğradığı ruhsal sıkıntılar hem süre hem de nitelik yönünden önemli ve sürekli olmalıdır, önemsiz ve geçici üzüntüler tazminat ödenmesini gerektirmez³⁶⁹.

Yargıtay sıkça atıf yapılan içtihadı birleştirme kurulu kararında bu konuya da değinmiştir. “ ...manevi zararın önemli olması gelir. Eli çizilen bir kimseye cismani zarara uğradı diye kural olarak manevi tazminat hükmedilmesi icap etmez. Demek ki, cismani zarara uğrayan kimsede veya ölenin yakınlarında önemli bir manevi zarar (elem, ızdırıp) husule gelmeli, yani gerçekten manevi bir tatmin ihtiyacı doğmuş bulunmalıdır, ölüm vuku bulmuşsa, sağlığında ölen ile davacı arasındaki münasebetin mahiyeti ve derecesi bu hususun takdirinde büyük rol oynar. Bundan başka olayın oluş şekli nazara alınır. Feci bir olay ile normal şartlar altında meydana gelmiş olan olay bir tutulamaz. Nihayet ilgililerin yani failin, olaydan başka sorumlusu varsa onun, meselâ istihdam edenin, ölenin, davacıların içtimai mevkilerinin tahsil ve iktisadi durumlarının göz önünde tutulması lâzımdır. Kısacası kanun vazı, her olayda meydana çıkan ihtiyacı karşılayan kesin bir kural koymaktaki zorluğu düşünerek, 47 nci madde metnini kasten elâstiki bir şekilde formüle etmiş ve manevi tazminat hükmedilmesini gerekli kılan hal ve şartları, hâkimin takdirine bırakmıştır. (K. Oftinger, a. g. e., Cilt : 1, Sah. 265). Tabiatıyla bu takdirde, bir yanılma durumu olmamalıdır. ³⁷⁰”

“Kişilik değerlerine yönelik bir müdahalenin, hangi andan itibaren kişiliğin ihlali sayılmayı haklı gösterecek yoğunluğa ulaştığını belirleyen genel bir ölçüt belirlemek mümkün değildir.”³⁷¹ Hâkim tarafından yapılan muhakeme süreci sonunda, olayın kişi

(DESCHENAUX & TERCİER, 1983, s. 64); Turan Başara’ya göre; sosyal hayatın sürdürülmesi için kişilik hakları yönünden bir “tolerans alanı”nın bulunması şart olup; buna bağlı olarak kişiliğin ihlalinin gerçekleştiğinden söz edilebilmesi için müdahalenin objektif olarak kabul edilemez bir boyuta ulaşması gerekmektedir (TURAN BAŞARA, 2018, s. 56).

³⁶⁸ NOMER, 2000, s. 224; ANTALYA, 2019, s. 233.

³⁶⁹ ÜNAL, 1978, s. 400.

³⁷⁰ Yargıtay 22.06.1966 t. E:1966/7; K:1966/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kurulu kararı.

³⁷¹ TURAN BAŞARA, 2018, s. 55.

üzerindeki etkilerinin manevi zarar doğurmaya elverişli olduğu kanaatine varılması gerekmektedir.

Örneğin, İdare Mahkemesi kararı ile iptaline karar verilen Yönetmelik hükmünün davacıya uygulanması nedeniyle bursu kesilen ve eğitim öğretim ücretini ödeyemeyen davacının burslu olarak kazandığı fakülteden kaydını sildirmek durumunda kaldığı olay nedeniyle davalı idarenin haksız eylem, işlem ve uygulamaları neticesinde uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, Yönetmelik hükmünü iptal eden İdare Mahkemesi kararının davacıya manevi tazminat ödenmesini gerektirmeyeceği, dava konusu olayda davacının kişilik haklarına hukuka aykırı bir tecavüzün söz konusu olmadığı, şan ve şerefine verilmiş bir zararın da bulunmadığı, davacı bakımından hukuk karşısında “objektif olarak kabul edilebilir manevi bir acıdan” da söz edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen karar, Danıştay 8. Dairesince; davalı idarenin hukuka aykırı iş ve işlemleri sonucu öğrencilik haklarının davalı idarece elinden alınması söz konusu olan davacının duyduğu acı ve üzüntünün kısmen de olsa giderilmesi amacıyla uygun bir miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur³⁷².

Yine bir başka örnekte; Gezi olayları sırasında kolluk kuvvetlerince atılan gaz bombasının davacıların ikamet ettiği birinci kattaki evlerinin penceresini kırarak içeri düşmesi sonucu oluştuğu ileri sürülen zararlara karşılık karı koca olan davacılar tarafından 500,00 TL maddi, 30.000,00 TL ve 5.000,00 TL manevi tazminat istemiyle açılan davada İdare Mahkemesince; güvenlik hizmetinin yeterince iyi yürütülmemesi nedeniyle hizmet kusuru bulunan davalı idarenin uğranılan maddi ve manevi zararları karşılaması gerektiği gerekçesiyle davacılar lehine 500,00-TL maddi, 10.000,00-TL ve 5.000,00-TL manevi tazminatın ödenmesine karar verilmiştir. Karar, davacılardan lehine

³⁷² D. 8. D. 16.04.2018 t. E:2012/8575; K:2018/2126 s.k.. Yargılama sürecinin devamında davacının 50.000,00-TL manevi tazminat isteminin kısmen kabulü ile 10.000,00-TL'nin davacıya ödenmesine ilişkin karar henüz kesinleşmemiştir (UYAP kapalı ortamından E.t.:26.04.2021).

10.000,00-TL manevi tazminata hükmedilen eş tarafından, olay nedeniyle yaşadığı travma ve korku karşısında hükmedilen miktarın yeterli olmadığı; davalı idare tarafından ise manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmaması, kamu nezdinde felaketi özendirici miktarda olmaması gerektiği, fahiş miktarda manevi tazminata hükmedildiği ileri sürülerek temyiz edilmiştir. Danıştay 10. Dairesi olaya ve davacıların iddialarına ilişkin olarak şu belirlemeyi yapmıştır; polisin göstericilere müdahalesi sırasında attığı gaz bombasının davacı kadın evde iken pencere camını kırarak içeri girdiği, perdede lokal bir yanık oluşturduğu ve sonrasında patlaması neticesinde etrafı duman kaplaması üzerine davacı kadının evi terk ettiği, davacı kadın için bu olay üzerine sağlığının bozulduğundan ve sağlık kuruluşlarında tedavi gördüğünden bahisle yaşadığı korku, travma, fiziksel ve ruhsal acılardan dolayı manevi tazminat talep edilirken, diğer davacı eş için ise yaşanan olaylardan ve tedavi süreçlerinden dolayı manevi olarak yıprandığı ve zarar gördüğünden bahisle manevi tazminat isteminde bulunduğu anlaşılmıştır.

Olayda, davacı erkeğin gaz bombası atıldığında evde olmaması nedeniyle herhangi bir korku ve panik yaşamadığı değerlendirilerek, olayın oluş şekli ve niteliği, manevi tazminatın amaç ve kapsamı dikkate alındığında anılan davacının sadece eşini sağlık kuruluşlarına götürmüş olmasının manevi tazminat ödenmesini gerektirecek nitelikte bir manevi zarara sebep olmayacağı belirtilmiş ve bu davacı açısından dava konusu olayda manevi tazminat ödenmesini gerektiren koşulların gerçekleşmediği sonucuna ulaşılmış, karar davalı idare lehine bozulmuştur.³⁷³

B. Zarar Görene İlişkin Hususlar

Manevi tazminat miktarının takdir edildiği sırada zarar görenin kişiliği ve ehliyetine ilişkin olarak ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin ve tüzel kişilerin durumu ilk kısımda manevi zararı açıklamaya çalışan yaklaşımlar irdelenirken; yine zarar

³⁷³ D. 10. D. 28.09.2020 t. E: 2015/4157; K:2020/3302 (UYAP E.t.:19.05.2021).

görenin alacağı manevi tazminat miktarını azaltan müterafik kusurlu olma durumu da kusurun ağırlığının manevi tazminata etkisi irdelenirken ele alınmıştı. Bu başlıkta zarar görene ilişkin diğer bazı hususların manevi tazminat miktarına etkisi incelenecektir.

1. Zarar Görenin Ekonomik Durumu

Manevi tazminat takdir edilirken zarar görenin sosyal ve ekonomik durumunun göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağı hususu doktrinde tartışmalı olup bu konudaki Yargıtay ve Danıştay içtihadı da birbirinden farklılık göstermektedir.

TBK ile yürürlükten kaldırılan 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’nun “Şahsi menfaatlerin haleldar olması” başlıklı 49. maddesinde manevi tazminat miktarı belirlenirken, *tarafların sıfatı, işgal ettikleri makam ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarının* dikkate alınacağı açıkça kurala bağlanmış; anılan kural Yargıtay tarafından, Kanunda belirtilen bu hususlarda araştırma yapılması gerektiği, manevi tazminat talep edenin olay nedeniyle duyduğu acının derecesinin ancak bu şekilde ölçülebileceği şeklinde yorumlanmıştır³⁷⁴. Doktrinde özellikle manevi tazminatın tatmin edici fonksiyonunu destekleyen yazarlar, kişilerin tatmin olacağı miktarların sosyal ve ekonomik durumlarına göre -kişilik haklarının ihlalinde zarar görenin sosyal statü ve ekonomik açıdan güçlü olmasının tazminatı artırıcı yönde rol oynamak üzere farklılaşacağını; bu nedenle manevi tazminatın takdirinde, maddi tazminata hiç etki etmeyen bu unsurun işin doğası ve mantığı gereği dikkate alınması gerektiğini savunmuşlardır³⁷⁵. BK’nın ölüm ve cismani zarar kaynaklı manevi tazminatı düzenleyen 47. maddesinde ise bu konuya ilişkin bir belirleyici yer almamış, ancak “hususî haller”

³⁷⁴ Bkz. FRANKO, 1973, s. 144-145.

³⁷⁵ SAYMEN, 1940, s. 129, 182; FRANKO, 1973, s. 144-145. Bu düşünceye yöneltlen eleştirilere daha önce yer verilmişti. Bkz. s. 81 vd. Yine bu konuda; zarar görenin varlıklı olması halinde manevi tazminat talebinin reddedilmesi gerektiği, çünkü maddi imkânları güçlü olan bu kişilerin acılarını gidermek için gerekli imkânlarla sahip oldukları, ekonomik açıdan zayıf kişilere verilecek olan düşük miktarda tazminatın dahi değerinin daha iyi bilineceği düşüncesi ileri sürülmüş ise de hukuki dayanağı bulunmadığından haklı olarak eleştirilmiştir SAYMEN, 1940, s. 77-78.

ve “adalete muvafık” ifadeleri zarar görenin ekonomik durumunun dikkate alınması gereğine dayanak olarak gösterilmiştir³⁷⁶.

6098 sayılı TBK’nın ne manevi tazminata ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 58.ve 56. maddelerinde ne de diğer hükümlerinde zarar görenin iktisadi durumunun manevi tazminatın miktarı üzerinde etkili olacağı yolunda hüküm bulunmazken; hatta genel hüküm niteliğindeki 58. maddenin gerekçesinde “... *hâkim tazminat miktarını belirlerken, "hâl ve mevkiin icabını / durumun gereğini", yani saldırının kişilik hakkı zedelenen kişinin manevî kişilik değerlerinde sebep olduğu eksilmeyi göz önünde tutmalıdır. Bu eksilmenin ise, sıfatı ve makamı daha yüksek ve ekonomik durumu daha iyi olan taraf bakımından çok, diğer taraf için az olduğu şeklinde bir kurala bağlanması yanlış olur ...*”³⁷⁷ ifadeleriyle, özel hüküm niteliğindeki 56. maddenin gerekçesinde de “*Tarafların sosyal ve ekonomik durumları, sıfat ve ihraz ettiği makamlar, ayrı bir takdiri kriter oluşturmaz. Burada aslolan insan ve insanın manevi değerleri soyutlamasıdır. Yoksula az, seçkine çok tazminat fikrinin manevi tazminat hukukunda yeri yoktur*” ifadeleriyle bu durumun tam aksinin olması gerektiği açıklanmışken; Yargıtay’ın farklı dairelerince, halen gerek kişilik haklarının ihlalden gerekse ölüm ve bedensel zararlardan kaynaklı uyuşmazlıklara ilişkin olarak verilen kararda bu unsurun gözetilmesi gerektiğinin belirtildiği görülmektedir³⁷⁸.

Yargıtay uygulamasında zarar görenin sosyal ve ekonomik durumu, 56. madde kapsamındaki uyuşmazlıklarda “olayın özelliklerini göz önünde tutarak” ve “uygun bir

³⁷⁶ ERTAŞ, 1990, s. 97.

³⁷⁷ Devamında da “Bu nedenle, Tasarının 57 nci maddesinde, hâkimin manevî tazminat miktarını belirlerken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alması gerektiğinin belirtilmesinde bir zorunluluk yoktur. Ayrıca, bunların maddede gereksiz yere tekrar edilmesi, herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesine de aykırı görülmüştür.” ifadelerine yer verilmektedir.

³⁷⁸ Soy bağının reddi nedeniyle manevi tazminat istemli bir uyuşmazlıkta “Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır.” şeklindeki gerekçeye de yer verilerek ilk derece mahkemesince hükmedilen manevi tazminat az bulunarak bozma kararı verilmiştir. 4. Hukuk Dairesi 24.03.2021 t. E:2019/2550; K:2021/1377 s.k..

miktar para” ifadelerinin, 58. madde kapsamındaki uyuşmazlıklarda da Kanun hükmünde zikredilmeyen, takdîri nitelikteki ancak en sık başvurulmuş kriterler olan “durumun gereği” ve “olayın özellikleri” kriterlerinin kapsamına dahil edilerek dikkate alınmaktadır.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin davalıların sürücüsü, trafik sigortacısı ve işleteni olduğu aracın parka yasak alanda park etmesi nedeniyle davacıların desteği sürücünün fark etmeden araca arkadan çarpması sonucu meydana gelen kazada desteğin vefat etmesinden kaynaklı maddi ve manevi tazminat istemini içeren uyuşmazlığa ilişkin olarak verdiği bir kararda bu durum, manevi tazminatın tatmin edici karakterinden hareketle açıklanmıştır: Buna göre; *“Manevi tazminat zenginleşme aracı olmamakla beraber, bu yöndeki talep hakkında hüküm kurulurken olay sebebiyle duyulan acı ve elemi kısmen de olsa giderilmesi amaçlanmalı ve bu sebeple tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile birlikte olayın meydana geliş şekli de göz önünde tutularak, hak ve nesafet kuralları çerçevesinde bir sonuca varılmalıdır.”*³⁷⁹

Ancak manevi tazminat miktarının fazla veya az bulunması nedeniyle verilen bozma yolundaki bu kararlar incelendiğinde, tarafların ekonomik durumuna yönelik somut bilgi verilmekten -örneğin “davacının aylık geliri şu kadar olduğundan davacı lehine hükmedilen miktarın az bulunduğu” şeklinde açık bir değerlendirmeden- de çoğunlukla kaçınılmakta olduğu, bu konudaki detayların pek az karara yansıdığı görülmektedir³⁸⁰.

Öte yandan, zarar görenin ekonomik durumunun manevi tazminata ne şekilde etki edeceği hususu da tartışmalı olup, bu konudaki değerlendirmeler ihlal edilen kişilik hakkının niteliğine göre farklılaşmaktadır. Doktrinde genel kişilik hakkı ihlallerinde zarar

³⁷⁹ 17. Hukuk Dairesi 11.03.2021 t. E:2020/1644; K:2021/2579 s.k..

³⁸⁰ Davacı ve babasının çalışma ve gelir durumlarına ilişkin detayların yer aldığı karar örneği için bkz. KESKİN, 2016, s. 324, 275 sayılı dipnot. Danıştay 10. Dairesinin bir kararında da, ilk derece mahkemesi kararı emekli çiftçi olan davacı lehine hükmedilen manevi tazminatın zarar görenin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alındığında fazla olduğu gerekçesiyle bozulmuştur. D. 10. D. 12.10.2005 t. E:2003/1365; K:2005/5967 s.k. akt. YUMUK, 2005, s. 229.

görenin ekonomik durumunun iyi olmasının tazminat miktarını artırıcı rol oynaması gerektiği; ölüm ve bedensel zararlardan kaynaklı manevi zararların gideriminde ise zarar görenin ekonomik durumunun zayıf olmasının manevi tazminat miktarını artırıcı rol oynaması gerektiği ileri sürülmüştür³⁸¹.

Zarar görenin ekonomik durumunun manevi tazminatı etkileme konusunda ikincil önemde tutulması³⁸² bu unsurun tek başına bozma sebebi yapılamayacağı olarak yorumlanabilir; nitekim aşağıda inceleyeceğimiz kararlarda da diğer değerlendirme kriterleri ile birlikte yer aldığı görülmektedir.

Manevi zararın objektif teoriyle açıklanması ve manevi tazminatın kişilik değerlerindeki objektif eksilmeye hasredilmesi zarar görenin şahsına ilişkin bu tip özelliklerin dikkate alınmasıyla bağdaşmayacağından, bu -objektif- görüşteki yazarlar kişinin mali durumuna bakarak hükmedilecek miktarın onu tatmin edip etmeyeceğinin değerlendirilmesinin hatalı olduğu görüşündedirler³⁸³.

Gerekçe yönünden farklılaşmakla birlikte sonuç yönünden bu görüşe katılmaktayız. Şöyle ki; Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte -bu tarihten sonra meydana gelen uyuşmazlıklar yönünden- Kanun'un gerekçesinde de açıklandığı üzere manevi tazminatın takdirinde bu konuda münhasıran yetkili olan hâkim/mahkeme için zarar görenin toplumsal statüsü ve refah seviyesinin hiçbir biçimde belirleyici olamayacağı; zira aksi durumun, daha açık bir ifadeyle zarar görenin bu anlamdaki durumunun başka bir başlık altında yine dikkate alınmaya devam edilmesinin hiçbir hukuki dayanağının kalmadığı açıktır. TBK'nın anılan maddelerinin idari uyuşmazlıklara doğrudan uygulanması mümkün bulunmasa da, Kanun hükmünün gerekçesinde yer alan manevi zarar belirlenirken tarafların ekonomik durumunun dikkate

³⁸¹ ERTAŞ, 1990, s. 98; KESKİN, 2016, s. 322-323.

³⁸² ERTAŞ, 1990, s. 97; KESKİN, 2016, s. 323.

³⁸³ Bkz. s. 81 vd. Ayrıca bkz. KESKİN, 2016, s. 325.

alınmasının hatalı olduğuna, ayrı bir takdîri kriter oluşturmadığına ve yoksula az, seçkine çok tazminat fikrinin manevi tazminat hukukunda yeri olmadığına ilişkin açıklamaların göz ardı edilmemesi gerekir. Dolayısıyla idarenin işlem veya eyleminden kaynaklı zararların tazmininde zarar görenin ekonomik durumu manevi zararın ve manevi tazminatın miktarı üzerine etki etmemelidir³⁸⁴.

Ne var ki Danıştay'ın farklı Dairelerince verilen kararlar incelendiğinde; halen gerek İdare Mahkemelerince verilen kararlarda gerekse temyiz incelemesi üzerine verilen bozma kararlarında, kimi durumlarda davacının sosyal ve ekonomik durumunun manevi tazminat belirlenirken etkili olacağı yolundaki değerlendirmelere gerekçe kısmında yer verildiği görülmektedir.

Danıştay 5. Dairesi, polis memuru olarak görev yapmakta iken, açılan disiplin soruşturması sonucu hakkında tesis edilen "6 Ay Kısa Süreli Durdurma Cezası"nın İdare Mahkemesi kararı ile iptal edilmesi sonucu, hukuka aykırı işlem nedeniyle uğradığı manevi zararlarına karşılık olmak üzere 50.000,00-TL manevi tazminat istemiyle açılan, dolayısıyla davacının kamu görevlisi olduğunun anlaşıldığı davaya ilişkin uyuşmazlıkla ilgili verdiği kararda, *“manevi zararın tazminine hükmedilirken, ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak olay nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabın kısmen giderilmesini sağlayacak, hukuka aykırılığı ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek bir miktarın belirlenmesi gerek”*tiğini belirtmiştir³⁸⁵.

Yine bir başka uyuşmazlıkta, davacı şirketce Rusya'ya ihraç için Samsun Limanına nakliye aracı ile gönderilen yaş meyveye yasal ve fiili dayanaktan yoksun şekilde el konularak, usulsüz bir şekilde satışının yapıldığından bahisle uğranıldığı ileri

³⁸⁴ OZANSOY, 1989, s. 30.

³⁸⁵ Devamlı, İdare Mahkemesinin 1.000,00 TL manevi tazminat talebinin kabulü yolundaki kararını işlemin ağır hizmet kusuruyla tesis edilmediği ve söz konusu işlem nedeniyle gerçekleşmiş bir manevi zarardan da söz edilemeyeceği gerekçesiyle bozmuştur. Danıştay 5. D. 10.12.2020 t. E: 2016/24160; K:2020/5739. (UYAP kapalı ortamından E.t.:19.05.2021).

sürülen zarara karşılık toplam 43.550,00-TL maddi ve 10.000,00-TL manevi tazminat istemiyle açılan davada İdare Mahkemesi; açık arttırma ile satışa ilişkin işlem ve uygulamanın yasal dayanağı bulunmadığından, davalı idarenin hizmet kusuru işlediği gerekçesiyle maddi tazminat isteminin kısmen kabulüne, manevi tazminat istemine ilişkin olarak ise; gerçek kişilerin maruz kalabileceği ölüm, bedensel zarar, kişilik haklarına saldırı gibi hallere tüzel kişiliklerin maruz kalmasının mümkün olmadığı, tüzel kişilik olan davacı şirket lehine manevi tazminata hükmedilmesine olanak bulunmadığı, davalı idare tarafından gerçekleştirilen işlemin manevi tazminata yol açabilecek bir niteliği de bulunmadığı gerekçesiyle, manevi tazminat talebinin reddine karar vermiştir. Anılan Karar Danıştay 8. Dairesi tarafından; manevi tazminata hükmedilirken ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak olay nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabın kısmen de olsa giderilmesini sağlayacak, idarenin işlem veya eyleminin hukuka aykırılığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek bir miktarın belirlenmesi gerektiği belirtildikten sonra, yargı yerince hukuka aykırı bulunan el koyma ve satışa ilişkin kararın, davacının ticari itibarını zedeleyeceği, güvenilirliğini azaltacağı açık olduğundan davacının söz konusu işlemler nedeniyle uğradığı manevi zarara karşılık makul bir manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur³⁸⁶. Bu kararın arka planında davacının ihracat işlemleri yapan bir şirket olması nedeniyle ekonomik durumu dikkate alınarak fazla miktarda tazminata hükmedilmemesi gerektiği düşüncesinin yatmakta olduğu söylenebilir.

Bir görüşe göre, Danıştay'ın bu tutumu, manevi tazminatın tatmin aracı olarak görülmesinin, zarar görenin ekonomik durumundan doğrudan etkilemesine yol açması ile açıklanabilir³⁸⁷ ise de; tatmin fonksiyonunun zengin yüklü fakir mütevazı bir rakamla

³⁸⁶ D 8. D. 31/05/2019 t. E:2018/4308; K:2019/5326 (UYAP kapalı ortamından E.t.:19.05.2021).

³⁸⁷ SEVGİLİ GENÇAY, 2019, s. 244.

tatmin olur şeklindeki düz mantıkla yapılan çıkarsamayı doğrulamayacağını³⁸⁸, dolayısıyla bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz.

2. Aynı Olay Nedeniyle Zarar Gören Lehine Hükmedilen Maddi Tazminat Miktarı

Aynı olay nedeniyle kişinin, yalnızca maddi zarara veya yalnızca manevi zarara uğraması mümkün olduğu gibi maddi zarar ve manevi zararın birlikte oluşması da mümkündür. Malvarlığı değerlerinin eksilmesi şeklinde ortaya çıkan maddi zarardan farklı olarak, maddi ya da maddi olmayan kişi varlığı değerlerinin eksilmesi sonucu oluşan manevi zararın miktarının parasal olarak ölçülmesi mümkün değildir. Bu farklılaşma maddi tazminat ile manevi tazminatın sahip olduğu işlevler yönünden de kendisini göstermektedir. Farklı amaçlara ve işlevlere sahip olan bu iki tazmin enstrümanının birbirini tamamlayıcı biçimde kullanılmasının gerekip gerekmediği ya da doğru olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Manevi tazminatı bir biçimde maddi tazminatın tamamlayıcısı olarak değerlendirme yanlısı olanlar³⁸⁹ bulunsalar da aksi görüşte olan ve manevi tazminatın maddi tazminatı “akort etme” vasıtası olarak görülmesine karşı çıkanlar ağırlıktadır³⁹⁰.

³⁸⁸ Bkz. s. 89.

³⁸⁹ Serozan’a göre, maddi tazminatın çeşitli nedenlerle giderim sağlayamadığı durumlarda, manevi tazminatın onu düzeltici bir mekanizma olarak devreye girmesi ve bir “sosyal yardım” niteliği üstlenerek telafi/giderim işlevini tamamlaması gerekir (SEROZAN, Yaklaşım, 1990, s. 86). Serozan’a katıldığını belirten Çelik’e göre de (ÇELİK, 2006, s. 51); manevi zararın giderimindeki soyutluk ve belirsizlik ancak manevi tazminata maddi tazminatı tamamlayıp düzeltme, maddi tazminatın bıraktığı boşluğu doldurup denkleştirme işlevinin yüklenmesiyle giderilebilir. Böylece manevi tazminat haksızlıkları önlemeye ve adaleti gerçekleştirmeye yarar hale gelir (ÇELİK, 2006, s. 54-55).

³⁹⁰ “... manevi giderimin, maddi tazminatın adil bir eki, hatta düzelticisi olarak düşünülmesi yasal sisteme ters düşecektir.” (ZEN-RUFFİNEN, 1985, s. 370); “Maddi tazminata ilişkin çözüm tatmin edici değilse, yargıç bu çözümü maddi zararlar çerçevesinde kalarak düzeltmeli ve bu amaç uğruna başka bir hedefi olan bir diğer kurumu feda etmemelidir.” Tercier’den akt. ZEN-RUFFİNEN, 1985, s. 370; Aynı yönde bkz. ANTALYA, 2017, s. 9; “... manevi tazminat davasını, zarar-ziyan olarak hükmedilen tazminatın, belli ölçülerle düzeltilmesi biçiminde anlamak ve kullanmak yanlıştır.” (DESCHENAUX & TERCIER, 1983, s. 209); ARMAĞAN, 1997, s. 227; GÜRAN, 1983, s. 159.

Düşüncemize göre de; farklı hukuki olgulara dayanan bu iki tazminat türünün birbirinin yerine geçmesi mümkün olmayıp manevi zarar karşılığında hükmedilecek tazminat miktarı, maddi tazminatın sağladığı ekonomik yarardan olumlu ya da olumsuz biçimde etkilenebilir. Manevi tazminat miktarı; kural olarak gerçeğe en yakın veriler üzerinden bilirkişi tarafından hesaplanan -bu yönüyle mahkeme yönünden “bağlayıcılığı” söz konusu olan- maddi zarar için yüksek miktarda bir sonuca ulaşılmış olması nedeniyle azaltılmamalı, düşük miktarda bir sonuca ulaşılmış olması nedeniyle de artırılmamalıdır. Bu düşüncede olmamızın nedeni, öncelikle maddi zarar ile manevi zararın farklı hukuki olgulardan etkilendiği gerçeğinin göz ardı edilmemesi gereğidir. Maddi zarar çeşitli zarar kalemlerinden oluşur: örneğin idarenin yol yapım çalışması nedeniyle çıkan toz davacıya ait meyve ağaçlarına zarar vermiş olsun; toprağın, ağaçların bakım ve iyileştirme giderleri, davacının ağaçlarındaki meyvelerin kârından yoksunluğu gibi uyumsuzluğun niteliğine göre farklılaşabilen çeşitli zarar kalemlerinin toplamı maddi zararı oluşturur. Manevi tazminat belirlenirken ise³⁹¹; maddi zararın ölçülmesinde gerekli unsurların dışındaki hukuki olgu, olay ve unsurlar³⁹², örneğimizde maddi zarar gören davacının manevi yönden hukuken kabul edilebilir düzeyde zarara uğrayıp uğramadığı değerlendirilecektir. Dolayısıyla farklı hukuki temellere dayalı iki ayrı tazminatın aynı kişiye ödenecek olması miktarlarına müdahale için haklı bir gerekçe oluşturmayacaktır. Nitekim maddi ve manevi tazminat talepleri arasındaki ilişki fer’ilik ilişkisi olmadığı³⁹³ gibi manevi zarar, maddi zararın bir türü veya uzantısı da değildir³⁹⁴. Manevi tazminat

³⁹¹ Her ne kadar doktrinde manevi zararın da çeşitli zarar kalemlerinden oluştuğu, kişilik değerlerinin ihlalinin yol açtığı objektif eksilmenin temel zarar kalemi, kişilik hakları ihlal edilenin yaşadığı acı, üzüntü gibi subjektif sonuçların da ayrı bir zarar kalemi oluşturduğu, bunların toplanmasıyla sonuç manevi zarara ulaşılacağı ileri sürülmüş (bkz. Hans Stoll; *Empfiehl sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden*, Gutachten für den 45. deutschen Juristentag, München und Berlin, 1964, s. 128 akt. ANTALYA, 2017, s. 18) ise de bu benzerlik farklı bir tartışmanın konusudur.

³⁹² Hatta hukuk dışı ölçütler (ZEN-RUFFİNEN, 1985, s. 370).

³⁹³ APAYDIN, Bahadır, “6459 Sayılı Kanun ve İdari Yargılamada Islah Kurumu”, **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan**, Cilt 1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yetkin Yay., Ankara 2014, s. 227.

³⁹⁴ ANTALYA, 2017, s. 7; GÖZÜBÜYÜK & TAN, 2016, s. 679.

miktarının maddi tazminata etki etmediği gibi, maddi tazminat miktarı da manevi tazminat miktarını etkilememelidir.

Manevi tazminat miktarının, davacı lehine hükmedilen ya da hükmedilmeyen maddi tazminat miktarı ile ilişkilendirilerek değerlendirilmemesi gerektiği düşüncemizin bir diğer gerekçesi de, bu tazminatın hukuki fonksiyonundan kaynaklanmaktadır. Manevi tazminat yalnızca manevi zararın giderimine yönelik bir meblağdır. Maddi zarar ve manevi zarar, yan yana bulunan fakat birbirine karışmayan unsurlar olarak görülmeli ve maddi zararın varlığının manevi zararın niteliğini değiştirmedeği kabul edilmelidir³⁹⁵. Bir olay nedeniyle maddi zararın doğmaması manevi zararın da olmadığı anlamına gelmediği gibi, maddi zararın olması da manevi zararın varlığına karine teşkil etmez.

Danıştay 10. Dairesi bir kararında maddi tazminatın fazla oluşu nedeniyle manevi tazminata hükmedilmemesinin hukuka aykırı olduğunu³⁹⁶ tespit etmekle birlikte; tersi ihtimalde, yani hesap yöntemi veya yerleşik hale gelen içtihadi kriterler nedeniyle bir şekilde hesap bilirkişisi tarafından maddi zararın sıfır veya negatif olduğu sonucuna varılan kimi uyuşmazlık türlerinde hakkaniyetle bağdaşmayan bu durumun ortadan kaldırılması için görece yüksek manevi tazminat miktarlarını kabul etmiştir.

Örneğin kamu görevlilerinin görevleri sırasında meydana gelen, görevin neden ve etkisinden kaynaklı bir olay sonucu kalıcı bedensel zarara uğramalarından kaynaklı tazminat talepli davalarda, bir dönem verilen kararlar içerik bakımından incelendiğinde³⁹⁷, bilirkişi raporundaki hesaplama yöntemi uyarınca maddi zarar

³⁹⁵ SAYMEN, 1940, s. 76.

³⁹⁶ "...Manevi tazminatın manevi değerlerde meydana gelen eksilmeye yönelik manevi tatmin aracı olması, mal varlığında ortaya çıkan bir eksikliği veya çoğalma olanağından yoksunluğu giderme gibi bir işlevi bulunmaması karşısında, olduğu belirlenen maddi zarar karşılığı hükmolunan maddi tazminatın yüksekliği nedeniyle manevi tazminat verilmemesi yoluna gidilemeyeceği açık bulunmaktadır. İdarenin tazmin sorumluluğu olduğu kabul edilen olay nedeniyle, davacıların manevi yönden zarara uğrayıp uğramadıklarının, olayın meydana gelişi ve niteliği dikkate alınıp belirlenmesi suretiyle manevi tazminat konusunda karar verilmelidir. Danıştay 10. D. 23.01.1996 t. E:1994/7123; K:1996/65 s.k. akt. BAL, ŞAHİN & KARABULUT, 2003, s. 181-183.

³⁹⁷ 2000'li yıllarda aksi yönde içtihat benimsenmiş olsa da (Emsal kararlar için bkz. SARSIKOĞLU, 2016, s. 2402-2403), Anayasa Mahkemesi'nin Osman Konuktar Başvurusu (Başvuru Numarası:2013/5670)

oluşmadığı sonucuna varıldığından maddi tazminata hükmedilmemesi nedeniyle manevi tazminata hükmederken benzer kişilik haklarının ihlali halinde hükmedilen tazminattan daha yüksek miktarda manevi tazminata hükmedildiği anlaşılmaktadır.

Anılan kararlarda; maddi tazminat miktarının manevi tazminatın belirlenmesinde etkili olmasının sebebinin hakkaniyete uygunluk endişesi olduğu kolaylıkla söylenebilir. Danıştay'ın, uyuşmazlığın bir tarafının kamu görevlisi olduğunu gözeterek, hâkimin vicdanına sığmayan bu durumun telafisi için manevi tazminata sosyal yardım benzeri tamamlayıcı bir işlev yüklediği ve manevi tazminatın dengeleyici unsur olarak kullanıldığı bu yaklaşımını yine de tasvip ettiğimizi söyleyemeyiz. Zira Ozansoy'un da belirttiği üzere; “Zarardan doğan tazmin sosyal değil fakat, hukuki bir edimdir.”³⁹⁸ Devletin sosyal devlet niteliği bu yaklaşımı gerekçelendirmek için çok uzak ve genel bir esastır.

Benzer biçimde, nasıl ki Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesi uyarınca hesaplanan maddi tazminat miktarı hakkaniyet düşüncesiyle indirime ya da artırıma tabi tutulamıyorsa, manevi tazminat için de maddi tazminat miktarı hakkaniyet düşüncesine esas belirleyici unsur haline getirilmemelidir. Bu doğrultuda, maddi tazminat miktarının çokluğu nedeniyle manevi tazminat miktarından yapılacak indirimin ya da azlığı nedeniyle yapılacak artırımın hukuken geçerli bir sebebe dayanmadığı da düşünülebilir.

üzerine verdiği 23/03/2016 tarihli karara kadar geçen dönemde; ilgililerin belirli oranlarda kalıcı vücut fonksiyon kaybına uğramalarına rağmen kamu görevine devam etmeleri söz konusu olduğunda, maddi zararın ancak kişinin durumuna uygun yeni bir göreve atanması sonucu maaşında azalma meydana gelmesi veya erken emekli olmadan kaynaklı gelir kaybı yaşanması halinde oluşabileceği kabul ediliyor, kişinin görevini zarardan önceki kendi durumuna ve diğer kişilere göre daha fazla efor sarfederek yapmak zorunda kaldığı gerçeği göz ardı edilerek görevin neden ve etkisinden kaynaklı efor kaybına dayanan maddi tazminat talepleri kabul edilmiyordu. Anılan bireysel başvuru kararından sonra bu içtihadın değiştirilmesiyle yukarıda eleştirdiğimiz kararlar da belirli bir dönemle sınırlı kalmıştır.

³⁹⁸ OZANSOY, 1989, s. 30.

Mamafih Danıştay'ın güncel kararlarına bakıldığında aktarılan bakış açısının istikrarlı biçimde uygulanmadığı ve hatta terk edildiği söylenebilir.

Maddi zarar ve manevi zararın birbirinden bağımsız olmasının pratik önemi, bu zararlar karşılığında tazminat talep edebilecek kişilerin farklılaşmasına³⁹⁹ -örneğin, aynı olay nedeniyle destekten yoksun kalma zararına uğrayanlar ve manevi zarara uğrayanlar farklı olabilir- elverişli bir durum oluşturmamasından daha çok, benzer koşullarda manevi zarara uğrayan kişiler arasında “maddi tazminattan etkilenme” nedeniyle doğacak eşitsizliği bir açıdan sınırlamasıdır.

³⁹⁹ SAYMEN, 1940, s. 131.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MANEVİ TAZMİNATA İLİŞKİN ÖZEL HUSUSLAR (MİKTAR ARTIRIMI (ISLAH), DENKLEŞTİRME (MAHSUP), İNTİKAL)

Bu bölümde manevi tazminatın miktarına etki etmekle birlikte doğrudan olayın veya tarafların özelliklerinden kaynaklanmayan unsurlar olan miktar artırımı (ıslah), mahsup, intikal konuları ele alınacaktır.

I. MANEVİ TAZMİNATIN BÖLÜNMEZLİĞİ VE MİKTAR ARTIRIMI

İdarenin hukuki sorumluluğunun idari faaliyetlerden kaynaklı olarak idare ile yönetilenler arasında yönetilenler aleyhine bozulan **ekonomik dengenin** tekrar tesis edilmesini amaç edinen ve buna yönelik yaptırım gücünü de kapsayan bir kurum⁴⁰⁰ olduğunun kabul edildiğini belirtmiştik. Bu bağlamda, Türk hukukunda tazminin, bu dengenin ne ilerisine gitmesi ne de gerisinde kalması, zarar gören için kâr veya zarar sonucunu doğurmaması gerektiği fikri hâkimdir⁴⁰¹.

Tazminat hukukunda ilke olarak tazminatın üst sınırını zarar miktarı oluşturur⁴⁰² ve zarar miktarının gerçeğe en yakın biçimde belirlenmesi ile de ideale yaklaşılır⁴⁰³; taleple bağlılık ilkesi uyarınca tazminat olarak hükmedilecek miktar davacının zararına karşılık olarak talep ettiği kadar fazlası olamaz⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ ESİN, 1973, s. 14.

⁴⁰¹ ARMAĞAN, 1997, s. 286-287; “Tazmin sonunda zarara uğrayan ne fakirleşmiş ne de zenginleşmiş olmalıdır.” CHAPUS René, Droit administratif général, T.1, 10ème édition, Montchrestien, Paris 1996, s.1125-1126; FRAISSEIX Patrick, Droit administratif, Elipses Paris 2002 s. 231’den akt. ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 182.

⁴⁰² “Gerçekten ‘tazmin’in amacı, zararı karşılamaya yöneliktir ve ‘daha fazlasını vermez’. Dolayısıyla ‘status quo’ herhangi bir şekilde iyileştirilmiş olmaz ve mağdurun, aldığı tazminatla eskisinden daha iyi bir sosyal ve ekonomik konuma girdiği de söylenemez” OZANSOY, 1989, s. 29.

⁴⁰³ “Hedef, ‘gerçek’ zararın ‘gerçekçi’ biçimde ‘tam’ tazmin ve telafisidir.” (GÜRAN, 1980, s. 167).

⁴⁰⁴ Atay ve Odabaşı bu ilkelere ilişkin olarak hâkimin ikinci ilkeyi, birinci ilkeden daha fazla uygulamaya eğiliminde olduğu görüşündedir. Bkz. ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 204.

2577 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendinde, tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın gösterileceğinin; 15. maddesinde ise, 3. maddeye aykırı düzenlenen dava dilekçesinin reddedileceğinin belirtildiği; ancak, tam yargı davalarında dilekçede gösterilen uyuşmazlık konusu miktarın artırılmasını yasaklayan bir hükme yer verilmediği görülmektedir.

1086 sayılı Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 74. maddesinde⁴⁰⁵, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun da 26. maddesinde⁴⁰⁶ düzenlenen “taleple bağıllık ilkesi” 2577 sayılı Kanun'da yer almamasına, Kanun'un 31. maddesinde atıf yapılan hususlar arasında bulunmamasına karşılık, Danıştay içtihatları ile uygulanagelmekteydi ve taleple bağıllı olma kuralı uyarınca tam yargı davalarında dilekçede gösterilen uyuşmazlık konusu miktarın artırılamayacağı içtihat edilmişti. Kanun'un 16. maddesinde yer alan; tarafların, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemeyecekleri kuralı bağlamında iddianın genişletilmesi yasağı da davanın devam ettiği süreçte uyuşmazlık konusu miktarın artırılması önünde bir engel olarak değerlendirilmekteydi. Anılan maddeye eklenen cümle ile miktar artırımına imkân veren İYUK değişikliği öncesinde, bu yaklaşım; gerçek zararın tazminini engellediği, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuruyor olduğu, tam yargı davasının işleviyle bağdaşmadığı noktalarında eleştirilmekte ve uygulanmasının terk edilmesi önerilmekteydi⁴⁰⁷. Zira bu süreçte, uygulamada iki temel sorun dikkati çekmekte olup; fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olduğundan bahisle tazminat isteminin düşük olduğu davalarda, ilk davada kabul edilen miktarı aşan kısım

⁴⁰⁵ “Kanunu Medeni ile muayyen hükümler mahfuz olmak üzere hakim her iki tarafın iddia ve müdafaalarıyla mukayyet olup ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez. Tahakkuk edecek hale göre talepten noksan ile hüküm caizdir.”

⁴⁰⁶ “(1) Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağılıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir.

(2) Hâkimin, tarafların talebiyle bağıllı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır.”

⁴⁰⁷ ARMAĞAN, 1997, s. 287; ÖZCAN, Elvin Evrim, “İdari Yargılama Hukukunda Islah”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 92, 2011, s. 228.

için açılan ikinci davalar süre yönünden reddedilmekteydi⁴⁰⁸⁴⁰⁹; aksi durumda, -sonradan artırma olanağı bulunmadığından- yüksek tazminat istemiyle açılan davalarda davanın reddedilmesi durumunda davacı yüksek vekâlet ücretleri ile karşılaşmaktaydı⁴¹⁰.

Nihayet⁴¹¹, taleple bağlı olma kuralının tam yargı davalarında sebep olduğu hak kayıplarının giderilmesi amacıyla, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 16. maddesinin 4. fıkrasına, 30.04.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6459 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile “*Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek*

⁴⁰⁸ “...bakılan davanın; davacıların, uğradıkları zararın, istemlerini aştığı için ilk davada karşılanamayan kısmının tazmini istemiyle açılmış bir dava olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla da; (2577 sayılı) Yasa'da öngörülen tüm sürelerin geçirilmesinden sonra açıldığında çekişme bulunmayan davanın; öncelikle 2577 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde sayılan ilk inceleme sebeplerinden biri olan süre yönünden incelenmesi ve sonuçta süre aşımı nedeniyle reddi gerekmektedir.”D. 10. D. 09.05.2007 t. 11955-2439 s.k. ve aynı yöndeki 04.04.2007 t. 9192-1660 sayılı karar akt. ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 346-349; İlgililerin fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak tam yargı davası açamayacakları hakkındaki kararlar için bkz. APAYDIN, 2014, s. 213.

⁴⁰⁹ Konuya ilişkin olarak verilen 25.11.2009 tarihli E:2009/21-484; K:2009/572 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında; manevi tazminatın bölünmezliği, saklı tutulmanın mümkün olmayışı olarak yorumlanmıştır: “Zarar gören, uğradığı haksız eylemden kaynaklanan maddi tazminatının miktarını tayin edip, talep edebilir. Hatta zarar gören, maddi zararını kısmi dava olarak bir defada değil, zamanaşımı, süresi içinde, birden fazla talepler halinde isteyebilir. Oysa manevi zarar, haksız eylemin sonucunda, uğranılan kişilik değerlerindeki azalmanın karşılığı olduğu ve zarar gören tarafından da takdir ve tayin edilebilir bulunduğu için birden fazla bölümler halinde istenemez. Bu tazminat bizzat yaşanan acı ve elemin karşılığı olduğu için, haksız eylemin meydana geldiği anda gerçekleşir. Acı ve elemin bölünerek bir kısmının açılacak kısmi dava ile kalanının açılacak başka bir davada talep edilmesi, manevi tazminatın özüne ve işlevine aykırı düşer. Gerçekten, hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen elem ve üzüntüler, o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Başka bir anlatımla üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle, manevi tazminatın bölünmesi, bir kısmının dava konusu yapılması kalanın saklı tutulması olanağı yoktur. Niteliği itibariyle manevi tazminat bölünmez, bir defada istenilmesi gerekir. Bunun tek istisnası olay sonucu gerçekleşen uzuv zaafı ve uzuv kaybı oranının uzun süren tedavi aşamalarından sonra tam olarak anlaşıldığı durumlardır. İnsan yapısı gereği, manevi acı olay tarihinden uzaklaştıkça azalır, artmaz, bu nedenle olay tarihine en yakın açıklanan irade beyanı manevi acının şiddetini daha açık olarak ortaya koyar. Manevi acı tazminata hükmedilirken davalısına göre değişiklik göstermez. İstem değişikliği ve artırılması için, istekte bulunanın daha önceki isteminin dışında ve ondan daha fazla alacağının bulunması gerekir. Manevi zararda ise, zarar gören daha önce belirttiği istemi ile zararını açıkladığı ve belirttiği, artık geriye bir alacağı kalmadığı için gerek ayrı bir dava ve gerekse ıslah yoluyla bir istemde bulunamaz. Zira, manevi tazminat bir bütündür. Duyulan acı ve üzüntünün karşılığı dava yolu ile belirlenip, karşı tarafa bildirildikten sonra arttırılması veya yeni bir dava açılarak istenmesi mümkün değildir.”

⁴¹⁰ ÖZTÜRK, K. Burak, “Vekâlet Ücreti ve Mahkemeye Erişim Hakkı -İçtihat Notu-”, **5. İdare Hukuku Buluşması “Danıştay Karar incelemeleri”, 4-6 Mayıs 2018 Büyükada/İstanbul**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 31.

⁴¹¹ Öte yandan, tam yargı davalarında taleple bağlı olma kuralına ilişkin Danıştay içtihadının, hak arama özgürlüğünün kullanımına ve adil yargılama hakkına engel oluşturduğu ileri sürülerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurulması üzerine ülkemiz aleyhine ihlal kararları verilmişti. Buna örnek olarak 21/07/2009 tarihli B. No: 39515/03 sayılı Okçu - Türkiye kararı gösterilebilir.

suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.” cümlesinin eklenmesi sonucu “(m)evzuatın neden olduğu (...) çaresizlik”⁴¹² son bulmuştur.

Devam eden davalar yönünden de; aynı Kanun’un 5. maddesi ile de yine 2577 sayılı Kanun’a Geçici 7. madde olarak “Bu maddeyi ihdas eden Kanunla, bu Kanunun 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen hüküm, kanun yolu aşaması dâhil, yürürlük tarihinde derdest olan davalarda da uygulanır.” cümlesi eklenmiştir.

6459 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (Tasarının 3. maddesi) gerekçesinde bu düzenlemeye, “*AIHM, devletin sorumluluğuna ilişkin tazminat davalarında, davacıların yargılamanın yavaş işlemesinden doğan zararlarını ortadan kaldıracak yeterli bir çözüm bulunmadığı yönünde ülkemiz aleyhinde ihlal kararları vermektedir. Düzenlemeyle, idarî yargıda açılan tam yargı davalarında talep edilen tazminatın daha yüksek olduğunun dava devam ederken anlaşılması durumunda, davacıya talep edilen miktarı arttırma hakkı verilmemesinin adil yargılama hakkının ihlali olarak kabul edilmesi sebebiyle, nihai karar verilinceye kadar ıslah suretiyle talep edilen tazminat miktarını arttırma hakkı tanınmaktadır.*” ifadeleriyle açıklık getirilmiştir.

Danıştay İDDK’nın bir kararında da “Tam yargı davalarında miktar artırımına olanak tanıyan yasa değişikliğinin yukarıda değinilen gerekçesinden de açıkça anlaşılacağı üzere, davanın açıldığı tarihte gerçekte hak ettiği tazminat miktarını tam olarak kestiremeyen davacının, yasa gereği belirli bir miktar göstermek suretiyle açtığı tam yargı davasında, gerçek zararının tazmin edilmesine engel olacak usule ilişkin engellerin, hak arama özgürlüğünü orantısız biçimde kısıtlamasına veya engellemesine mani olmanın adil yargılanma ilkesinin en temel bir gereği” olduğu belirtilmiştir⁴¹³.

⁴¹² D. 15. D. 26.11.2015 t. E:2015/7429; K:2015/8003 sayılı kararından aktaran ÖZTÜRK, Vekâlet, 2019, s. 33.

⁴¹³ DİDDK 03.10.2019 t. E:2017/2819; K:2019/4020 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:02.05.2021).

Yine bu konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi 2014/2211 başvuru numaralı Muhsin Karaca başvurusu üzerine verdiği 09.06.2016 tarihli kararda⁴¹⁴ idari yargıda ıslah müessesesi olmadığı dönemde ıslaha yönelik talep hakkı kısıtlanan başvurucunun, ıslah imkânı tanınmadığı için tazmin edemediğini belirttiği ve bilirkişi raporunda yer verilen zararına yönelik uyuşmazlığı bir mahkemeye taşıma ve bu uyuşmazlığı esastan inceletme imkânından yoksun kaldığı gerekçesiyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Yukarıda aktarılan düzenlemelerden anlaşılacağı üzere; 2577 sayılı Kanun'da, 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktarın, kanun yolu aşaması dâhil olmak üzere, yürürlük tarihinde derdest olan davalarda da süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin artırılmasına bir defaya mahsus da olsa olanak tanınmıştır. Bu olanağın getirilmesiyle HMK'da yer verilen ve yargılamaya hâkim olan ilkelerden biri olan taleple bağılılık ilkesi geçerliliğini yitirmiş değildir; mahkeme kararında davacının nihai talebi üzerinde bir tutara hükmedilmesinin yine mümkün olmayacağı açıktır⁴¹⁵.

Bu aşamada dikkati çeken ilk husus 2577 sayılı Kanun'a yapılan eklemede, HMK da kullanılan⁴¹⁶ “ıslah” terimi yerine, yalnızca talep sonucu miktarın artırılmasından bahsedilmesidir. Hukuk usulünde ıslah, tarafların iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı sebebiyle yapamadıkları usul işlemlerinin tamamına yönelik hukuksal bir düzeltme yolu⁴¹⁷ iken, İdari Yargılama usulünde ıslah uygulaması talep edilen miktarın değiştirilmesi ile sınırlıdır. Bu nedenle, uygulamada Kanun değişikliğini takip eden ilk

⁴¹⁴ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/2211?KelimeAra%5B%5D=muhsin+karaca> (E.t.:23.04.2021).

⁴¹⁵ Aynı yönde bkz. APAYDIN, 2014, s. 223. Aksi yöndeki, tam yargı davalarında taleple bağılılık ilkesinin mutlak surette uygulanmaması gerektiği görüşü için bkz. GÜRAN, 1983, s. 162; GÜRAN, 1980, s. 168.

⁴¹⁶ HMK m. 176 vd.

⁴¹⁷ PEKCANİTEZ, Hakan, ÖZEKES, Muhammet, ATALAY, Oğuz, **Medenî Usûl Hukuku : Ders Kitabı**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 298.

yıllarda ıslah terimi özellikle tercih edilmemiş, “miktar artırımı” ifadesinin kullanılmasına özen gösterilmiş; ancak zaman içinde bu sınırlı kapsama atıfla ıslah terimi de kullanılmaya başlanmıştır.

Miktar artırımı yolunun manevi tazminat açısından önemine gelince; öncelikle ve önemle belirtmek gerekir ki, Kanun’un “tam yargı davalarında, dava dilekçesinde belirtilen miktar ... artırılabilir” şeklindeki tam yargı davalarına yönelik bütüncül nitelikte bir ifadeye yer verdiği; tazminat tutarının maddi veya manevi zararların karşılanmasına yönelik olup olmamasına ilişkin bir ayrıma yer vermediği görülmektedir. Bu durumun, söz konusu artırım olanağının maddi tazminat tutarları gibi manevi tazminat tutarları için de uygulanabilmesi sonucunu doğurması gerektiği açıktır⁴¹⁸.

Danıştay 10. Dairesi Dairesi, bu konuyu ele aldığı bir kararında dava dilekçesinde talep edilen maddi ve manevi tazminat miktarının 2577 sayılı Kanun’un 16. maddesi kapsamında artırılmasının mümkün olduğunu kabul ederek⁴¹⁹ ve “*Kanun metninde yer alan açık hüküm karşısında, kanun koyucu tarafından tam yargı davalarında talep edilen tazminat miktarının artırılmasına yönelik olarak herhangi bir koşul veya sınırlama öngörülmemesine rağmen, manevi tazminatın artırılması için sonradan gelişen veya öğrenilen yeni bir olgunun bulunması şartının aranması gerektiğinin kabulüne olanak bulunmadığı*” gerekçesine yer vererek aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararını bozmuş, böylelikle manevi tazminatın yorum yoluyla getirilebilecek herhangi bir kısıta tabi olmaksızın artırılabilceğini içtihat etmiş bulunmaktaydı.

⁴¹⁸ APAYDIN, 2014, s. 228-229.

⁴¹⁹ “Temyizen incelenen uyuşmazlıkta, İdare Mahkemesince Dairemizin bozma kararına uyulması halinde, davacıların yukarıda anılan hükümler çerçevesinde, hesaplama sonucunda belirlenen tutarın talep edilen maddi tazminat tutarından fazla olması halinde, istemde bulundukları **maddi tazminat miktarının artırılmasını isteyebilecekleri gibi, manevi tazminat miktarının da artırılmasının isteyebilecekleri tabiidir.**” 14.03.2017 tarihinde karar düzeltme incelemesinden geçerek kesinleşen 25.02.2014 t. E:2009/9938; K:2014/1117 sayılı 10. Daire kararı.

Ancak; aynı Dairenin son yıllarda verdiği kararlarda, önceki kararlarda benimsediği gerekçenin aksine dava dilekçesinde talep edilen manevi tazminat miktarının yargılama sürecinde artırılabilmesi için sonradan gelişen veya öğrenilen yeni bir olgunun bulunması gerektiği şartını aramakta olduğu görülmekle, bu tazminat yönünden miktar artırımı istisnai konuma getirilmeye çalışılmaktadır. Bu yaklaşımın da manevi zararın niteliği ile açıklanmakta olduğu görülmektedir.

Uyuşmazlığa konu olayda, davacılar yakınının 2006 yılında kamu görevini yerine getirdiği sırada vefat etmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemli olarak açılan davada, davacıların 2016 yılında dava devam ederken yaptıkları miktar artırım istemli başvuru İdare Mahkemesince kabul edilmiş; ancak davalı idarenin temyizi üzerine yapılan incelemede Daire, maddi tazminat istemleri yönünden miktar artırımını kabul ederken manevi tazminat istemi yönünden; “... ıslah müessesesi davanın görülmesi sırasında tarafların kusurlarında, zararı doğuran nedenlerin ve olayların tespitinde ve uğranılan zararın miktarında bir değişiklik olması durumunda maddi tazminat için işletileceği gibi; zararı doğuran olayın meydana geliş biçiminin yeni ortaya çıkan bulgu ve tespitler sonucu, kişilerin manevi yönden çok daha fazla etkilendiğinin saptanması halinde manevi tazminat için de uygulanabilir. Ancak bu durumun istisnai bir durum olduğu ve manevi zararın sonradan gerçekten artmış olduğunun tespiti halinde işletilebileceği kuşkusuzdur.

Ayrıca manevi tazminat talepleri açısından konunun manevi tazminatın amacı ve niteliğinin dikkate alınması suretiyle ele alınması gerektiğinde de duraksama bulunmamaktadır.

Manevi zarar, kişinin fizik yapısının ve iç huzurunun bozulmasını, yaşama gücünün ve sevincinin azalmasını, kişilik haklarının zedelenmesini, şeref ve haysiyetinin rencide edilmesini, duyulan acı ve ıstırapı, kişinin günlük yaşamını zorlaştıran her türlü üzüntü ve sıkıntıyı ifade etmekte, fiziki veya manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan,

yaşama sevinci azalan kişinin manevi yönden zarara uğramış olduğu kabul edilmektedir. Manevi tazminat, olay nedeniyle duyulan elem ve ıstırapı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Manevi zararın niteliği gereği sonradan gelişen veya öğrenilen yeni bir olgu olmadığı sürece kişinin manevi varlığında oluşan zararın arttığından bahsedilemez.” şeklindeki -bağlantı kurma silsilesinin gösterilmesi için bütünüyle aktardığımız- açıklamayla davacılar açısından sonradan oluşan veya öğrenilen yeni bir olgunun bulunmadığı, ıslah yoluyla manevi tazminat tutarının artırılmasında ve İdare Mahkemesince, manevi tazminat tutarının davacıların dava dilekçesinde talep ettikleri tutarı aşar şekilde, ıslah dilekçesiyle talep edilen tutarın kısmen kabulüne karar verilmesinde hukuki isabet bulunmadığı yolundaki gerekçeyle kararın bozulmasına karar vermiş, anılan karar, davacılar tarafından yapılan karar düzeltme isteminin de reddedilmesiyle kesinleşmiştir⁴²⁰.

Danıştay’ın manevi tazminatın miktarının artırılması hususuna olan güncel yaklaşımı çeşitli yönlerden eleştiriye açıktır. Şöyle ki; ilgili yasal düzenlemenin tazminatın türüne ilişkin herhangi bir belirleme içermemesi, düzenlemenin gerekçesinde de idari yargıda açılan tam yargı davalarında talep edilen tazminatın daha yüksek olduğunun dava devam ederken anlaşılması durumundan bahsedilmesi -hem maddi hem manevi tazminat istemlerinin tam yargı davasının konusunu oluşturabileceği açık olmakla- karşısında bu usuli hakkın kullanımı yönünden farklı tazminat türleri arasında ayırım yapılmasının haklı biçimde gerekçelendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Yasadan kaynaklı bu sebep bizce içtihadı yönelik eleştirimizi temellendirmeye muktedirdir.

⁴²⁰ D. 10. D.’nin 18.04.2017 tarihli ve E:2016/3742, K:2017/2138 sayılı kararı ve 04.06.2020 tarihli ve E:2017/3877; K:2020/1621 sayılı kd ret kararı. Bu karara yazılan karşı oy yazısı ise; “Kanun metninde yer alan açık hüküm karşısında, kanun koyucu tarafından tam yargı davalarında talep edilen tazminat miktarının artırılmasına yönelik olarak herhangi bir koşul veya sınırlama öngörülmemesine rağmen, manevi tazminatın artırılması için sonradan gelişen veya öğrenilen yeni bir olgunun bulunması şartının aranması gerektiğinin kabulüne olanak bulunmadığı” yönündedir. (UYAP E.t.:23.04.2021).

Öte yandan, manevi zararın, aktarılan Danıştay kararında da vurgu yapılan, kişinin manevi varlığında oluşan zarar olma özelliği, sonradan gelişen veya öğrenilen yeni bir olgu bulunması gerektiği düşüncesini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Danıştay burada aynı olay nedeniyle duyulan manevi zararın zaman geçtiği için farklılaşmayacağı kabulünden hareket etmektedir, ancak aynı manevi zarara zaman içinde biçilen değer farklılaşabileceği kabul edilmelidir. Talep edilen tazminatın daha yüksek olduğunun dava devam ederken anlaşılması durumu, enflasyon etkisi nedeniyle paranın zaman içinde uğradığı değer kaybından kaynaklı olabileceği gibi⁴²¹ davacının içtihat alanındaki bilgi eksikliği, basit bir söyleyişle mahkemelerin benzer olaylarda ne kadar tazminata hükmettiğine ilişkin bilgi sahibi olmayışı ve sonradan bunun giderilmesi başta olmak üzere birçok sebepten kaynaklanabilir. Maddi zararlar bakımından gerçek ve doğru zararın tazminine verilen önem manevi zararlar bakımından da gösterilmelidir. Kaldı ki, örneğin maddi tazminat yönünden bilirkişi hesaplaması ile belirlenen rakamın üstünde bir miktar ile ıslahın önünde hiçbir engel bulunmaz iken ve bu konuda davacının ıslah talebini gerekçelendirmesi beklenmezken, manevi tazminat yönünden yeni bir olgunun varlığını ve etkisini ispat ve gerekçelendirme külfeti altına sokulması da içtihadın bir başka çelişkili sonucunu göstermektedir.

Dolayısıyla, konuya ilişkin Danıştay içtihadına bakıldığında 16. madde hükmüne karşı, tazminatın türüne bağlı olarak değişken bir yaklaşım ve yorum tarzı benimsendiği, neticeten manevi tazminatın ıslah edilmesinin zorlaştırıldığı, bu tutumun gerçek ve doğru zararın tazmini amacıyla bağdaşmadığı sonucuna varılmaktadır.

⁴²¹ Uzun süren yargılamalar nedeniyle paranın zaman içinde kaybettiği değer miktar artırımı taleplerinin temel saiki olmaya yeter konumda olduğu düşüncesindeyiz. Böylece, özellikle idari eylemden kaynaklı zararların tazmininde dava açma süresi gerek 2577 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler gerekse zarar öğrenme tarihine ilişkin yerleşik içtihadi ilkeler uyarınca uzun bir zaman dilimine yayılması nedeniyle, aynı koşullarda zarar gören ancak farklı zamanlarda dava açan iki ayrı davacının talepleri arasındaki enflasyon farkından kaynaklı eşitsizliğin giderilmesi de sağlanmış olacaktır.

Danıştay'ın güncel içtihadının bir başka tartışmaya açık yönü ise şu şekilde aktarılabilir; yunılan Anayasa Mahkemesi kararında da yer verilen Danıştay Obeşinci Dairesi kararında; sağlık tazminatına ilişkin tam yargı davalarında, mahkemelerce maddi zararın tespiti amacıyla yaptırılan bilirkişi raporunda belirlenen maddi tazminat miktarının dava dilekçesinde talep edilen maddi tazminat miktarından yüksek çıkması halinde söz konusu bilirkişi raporunun davacıya tebliğinden sonra (eylemin idariliğinin öğrenildiği tarihten itibaren 1 yıl geçmiş olsa bile) ilk açılan davanın derdest olması ve bu davada ıslah talebi olmaması şartıyla, fazlaya ilişkin miktarın ödenmesi istemiyle davalı idareye yapılan başvurunun reddi üzerine dava açma süresi içerisinde açılan ikinci davanın süresinde kabul edilerek, -açılan bu ikinci davanın- ilk dava kapsamında ıslah talebi niteliğinde değerlendirilmek suretiyle zarar tespit bilirkişisi tarafından belirlenen fazlaya ilişkin kısım hakkında yeni bir karar verilmesi gerektiğine hükmedildiği görülmektedir. Böylelikle maddi zararlar yönünden ıslah talebine ilişkin bir başlangıç süresi belirlenmiş olduğu söylenebilir. Konunun manevi zararları ilgilendiren yönü ise 10. Dairenin yukarıda yer verilen güncel içtihadının yerleşik hale gelmesi halinde “manevi zararı doğuran olayın meydana geliş biçiminin yeni ortaya çıkan bulgu ve tespitler sonucu, kişilerin manevi yönden çok daha fazla etkilendiği”nin anlaşıldığı anın nasıl belirleneceği, sürenin hangi zaman, aşama ya da gelişmeden başlatılacağı hususudur. Manevi tazminat yönünden böyle bir belirleme yapma çabasının eşitsizliğe ve karmaşıklığa yol açması söz konusu olabileceği açıktır.

Bu aşamada ıslah talebinin ne zaman ve ne şekilde sunulacağı hususunun da ele alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Yukarıda aktardığımız madde metni uyarınca, dava dilekçesinde belirtilen miktar, nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir. Doktrinde miktar artırımının her iki tazminat için ayrı ayrı yapılabileceği konusunda görüş birliği sağlanmış olup⁴²², bunların -kendi içinde

⁴²² APAYDIN, 2014, s. 231.

bir kez olmak üzere- ayrı dilekçelerle ayrı ayrı artırılmasının mümkün olduğu açıktır. Danıştay, maddi zararın hesaplanmasına yönelik olarak İdare Mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporun davacıya tebliği üzerine yapılan itirazda davacı tarafından, rapora itirazın sonucuna göre ıslah hakkını kullanacağını belirtildiği anlaşılan bir uyuşmazlıkta, Mahkemece itiraz dilekçesinde iddia edilen hususların değerlendirilmesi suretiyle davacının itirazının değerlendirilmesi ve miktar arttırımında bulunup bulunmayacağı noktasında gerekli bilgilendirme yapıldıktan sonra bir karar verilmesi gerekirken; bu hususlar göz ardı edilerek verilen kararda hukuki isabet bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır⁴²³. Dolayısıyla aynı yaklaşımın manevi tazminat için de gösterilip gösterilmeyeceği; uygulamada İdare Mahkemelerinin -Danıştay içtihadının benimsendiğini varsayarsak- manevi zararı artırabilecek nitelikteki sonradan gelişen veya öğrenilen yeni bir olgunun bulunduğunu değerlendirdikleri durumlarda, buna ilişkin tespiti ayrıca davacıların dikkatine sunarak manevi tazminat miktarına yönelik artırım talebinde bulunup bulunmayacakları noktasında gerekli bilgilendirmeyi yapıp yapmayacağı veya Danıştay'ın bu aşamayı arayıp aramayacağı merak konusu olmakla birlikte zayıf bir ihtimal olarak gözükmektedir.

Düzenlemenin miktarın artırılmasıyla sınırlı oluşu dava dilekçesinde talep edilmeyen manevi tazminatın miktar artırımı yoluyla sonuç talebe eklenmesinin mümkün olup olmadığı sorusunu da gündeme getirmektedir. Bu konuda doktrinde Apaydın'ın, birbirleriyle aslilik fer'ilik ilişkisi içinde bulunmayan, farklı unsurlara ve hukuki sebeplere dayanan bu iki tazminat türünün herhangi birinin dava dilekçesinde talep edilmeden miktar artırımı yoluyla davaya dahil edilemeyeceği görüşü⁴²⁴ bizce kabule şayandır.

⁴²³ D. 10. D. 27.10.2020 t. E:2015/3192; K:2020/4218 s.k. (UYAP E.t.:23.04.2021).

⁴²⁴ APAYDIN, 2014, s. 227-228.

II. DENKLEŞTİRME (MAHSUP)

Tazminat hukukunda zararın belirlenmesine ilişkin bir işlem olan denkleştirme⁴²⁵, hukuka aykırı işlem veya eylemin zarar görenin malvarlığında yol açtığı aynı nedensellik örüntüsü içinde gerçekleşen azalma ve artmaların birbiri ile karşılanması anlamına gelmektedir.

Denkleştirme, kökeni Roma Hukukuna dayanmakla birlikte özellikle Alman Hukukunda tartışılmış ve geliştirilmiş bir kurum olup⁴²⁶; Türk/İsviçre hukukunda, yasal dayanağa ihtiyaç duyulmaksızın, prensip olarak; zararın sebepsiz zenginleşmeye yol açmaması gereği dayanak alınarak⁴²⁷ ve re'sen⁴²⁸ uygulanmaktadır. Haliyle tazminatın belirlenmesi için, öncelikle denkleştirilecek zarar ve yararların tespiti zorunlu bulunmaktadır. Bu zorunluluk, manevi zararın kesin olarak belirlenemeyeceği, manevi tazminatın da gerçek anlamda bir tazminat olmadığı düşünceleri ile birleştiğinde manevi zararlar yönünden yapılan denkleştirmenin gerçek anlamda bir denkleştirme olmadığı düşüncesine yol açmıştır⁴²⁹. Bu görüşü savunanlar arasında olan *Akünel* bu durumu şöyle açıklamaktadır; maddi zarar miktarı, gerekli denkleştirmelerin yapılmasından sonra ortaya çıkan kesin zarar ile hâkimin bu sonuç miktar üzerinden hüküm kurması şeklinde iki aşamalı bir süreç sonunda tazminata bağlanırken; hâkimin manevi tazminat ödenmesinin gerekli olup olmadığına karar verebilmesi için dikkate alması gereken hususlar ile manevi tazminat miktarını etkileyen hususlar aynı olup, bunlar topluca değerlendirilerek manevi tazminat miktarı takdir edileceğinden; manevi zararlar

⁴²⁵ TEKİNAY vd., 1993, s. 590.

⁴²⁶ Alman Federal Mahkemesinin bir kararında, masrafları zarar veren tarafından karşılanmış olan, rehabilitasyon hizmeti ve tedavinin yalnızca maddi zararın tazmini olarak nitelenemeyeceği, bunların zarar görene sağladığı manevi faydaların ayrıca dikkate alınması ve manevi tazminat miktarından indirim sebebi yapılması gerektiğine hükmedildiği, Federal Mahkemenin bu kararına dayanılarak denkleştirme kuralının manevi zararın tazmininde de uygulanması gerektiği görüşünün geliştirildiği belirtilmektedir. Bkz. AKÜNAL, 1981, s. 168.

⁴²⁷ AKÜNAL, 1981, s. 166; TEKİNAY vd., 1993, s. 586.

⁴²⁸ AKÜNAL, 1981, s. 184; TERCIER, PICHONNAZ, & DEVELİOĞLU, 2016, s. 581.

⁴²⁹ AKÜNAL, 1981, s. 169.

yönünden, denkleştirme işlemi yapmaya elverişli bir kesin zarar miktarının belirlenmesi aşaması bulunmamaktadır. Ayrıca denkleştirme yapılabilmesi için, zarar ve yararların aynı türden karşılığının bulunması, daha açık bir ifadeyle her ikisinin maddi değerinin tespit edilebilir olması gerekmektedir; zira aynı nitelikte olmayan değerlerin denkleştirilmesi, klasik tabiriyle elma ile armutun toplanması ya da çıkarılması, mümkün değildir⁴³⁰.

İdari yargı alanında denkleştirmenin manevi zararlar yönünden uygulanmasına ilişkin olarak, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken uğradığı zararların giderimi istemiyle açılan tam yargı davalarında sıkça karşılaşılan, kanundaki deyimle “bu görevlerinden dolayı ya da görevleri sona ermiş olsa bile yaptıkları hizmet nedeniyle derhal veya bu yüzden maruz kaldıkları yaralanma veya hastalık sonucu ölmeleri veya engelli hâle gelmeleri halinde ödenecek nakdi tazminat ile birlikte bağlanacak aylığın” esas ve yöntemlerini düzenleyen 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun’da yer alan düzenleme akla gelmektedir.

Anılan Kanun’un 6. maddesinde “Bu Kanun hükümlerine göre ödenecek nakdi tazminat ile bağlanacak emekli aylığı uğranılan maddi ve manevi zararların karşılığıdır.

Yargı mercilerinde maddi ve manevi zararlar karşılığı olarak kurumların ödemekle yükümlü tutulacakları tazminatın hesabında bu kanun hükümlerine göre ödenen nakdi tazminat ile bağlanmış bulunan aylıklar göz önünde tutulur.” hükmüne yer verilmiştir.

Bilindiği üzere, idari faaliyetten kaynaklı zararın giderilmesine yönelik olarak idarece ilgiliye yapılan dava öncesi ödemeler tazminat ödenmesine engel teşkil eder; ancak ödenen tazminatın gerçek zararı karşılamaya yetmemesi durumunda aradaki farkın giderilmesi gerektiği açıktır.

⁴³⁰ AKÜNAL, 1981, s. 169 vd.

Danıştay'ın Kanun'un denkleştirmeyi gerektirebilecek yukarıdaki hükmünün de uygulandığı ilgili kararları incelendiğinde, davacılara ödenen nakdî tazminat miktarının maddi zarar miktarından indirilmesi gerektiği kabulünün yerleşik içtihat haline geldiği, bu meblağın manevi tazminat miktarından indirim sebebi yapılması yolunu tercih etmediği görülmektedir⁴³¹. Yarar niteliğindeki parasal bir ödemenin manevi tazminatın denkleştirilmesinde dikkate alınmaktan kaçınılması yolundaki tercihin nedeninin manevi zararlar yönünden yapılan denkleştirmenin gerçek anlamda bir denkleştirme olmadığı düşüncesi olduğu izlenimi edinilse de bunun açıklandığı bir karara rastlanmadığından kesin bir yargıya varılamamaktadır.

Denkleştirmeye ilişkin sonuca etkili asıl uygulama ise aynı uyuşmazlık nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurulduğu durumlarda kendini göstermektedir.

Danıştay aynı uyuşmazlık nedeniyle AİHM tarafından esas yönünden ihlal kararı verilen uyuşmazlıklarda, anılan Mahkemece hükmedilen manevi tazminat ile iç hukukta hükmedilen manevi tazminat arasında denkleştirme (mahsup) yapılması gerektiği, AİHM kararı uyarınca davacıya ödenen miktarın iç hukukta tazminat ödenirken dikkate alınması gerektiği ve hükmedilen tazminatın davacıya ödenmesi aşamasında mükerrer ödemeye sebebiyet verilmemesi gerektiği görüşündedir.

⁴³¹ Kararlarda sıklıkla maddi tazminatın hesaplanmasına ilişkin olarak “nakdî tazminatın güncellenmiş değerinin hesaplanan tutardan indirilmesi gerektiği” belirtilmektedir. Güncelleme, hesap bilirkişisi tarafından davacıya yapılan ödemenin yasal faiz işletilerek güncel değerinin bulunması suretiyle yapılmaktadır. “... ilgililere ödenen nakdî tazminatın da olay nedeniyle sağlanan yarar niteliğinde olduğu, dolayısıyla hesaplanan maddi zarar tutarından rapor tarihindeki güncel değerinin hesaplanarak düşülmesi gerektiği hususunda kuşku bulunmamaktadır.” Danıştay 10. D. 30.06.2015 t. E:2014/6586; K:2015/3471 s.k.. Aynı yöndeki diğer bir karar; D. 10. D. 19.09.2018 t. E:2016/15725; K:2018/2667 s.k.. AYİM’in uygulamasının ise farklı yönde olduğu, nakdî tazminat miktarı dikkate alınarak hükmedilecek manevi tazminat miktarından indirim yapıldığı görülmektedir. Bu kararlarda 2330 sayılı Kanun’un 6. maddesi uyarınca yapılan nakdî tazminat ödemesinin manevi tazminattan mahsup edilmesi gerektiği belirtilerek, örneğin yukarıda yer verilen (Bkz. 2012 yılında Siirt ili Pervari ilçesinde yaşanan olaylara ilişkin kararlar) “*olayda ayrı ayrı 33.747,00-TL nakdî tazminat ödemesi yapılmış olması nedeniyle*” ölenin anne ve babası olan davacıların manevi tazminat istemleri reddedilmiştir (AYİM İkinci Daire 30.09.2015 t. E:2013/1818; K:2015/1514 s.k.). (UYAP E.t.:19.05.2020).

Örneğin davacılar Kerime Aydan ile Kaşem Aydan'ın yakınlarının otobüs beklemekte olduğu sırada güvenlik güçlerince açılan ateş sonucu vurularak yaşamını yitirdiği iddiasına ilişkin uyuşmazlıkta, Danıştay; aynı olay nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru (Başvuru No: 16281/10) sonucunda verilen 12.03.2013 tarihli karar ile AİHS'in yaşam hakkına ilişkin 2. maddesinin esas ve usul yönünden ihlal edildiği, yargılama sürecinin uzunluğu nedeniyle de 6/1. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle devlet tarafından Kerime Aydan'a eşinin ölümü neticesindeki gelir kaybı için 15.000 Euro maddi, yine Kerime Aydan'a 50.000 Euro, Kaşem Aydan'a ise 15.000 Euro manevi tazminat ödenmesine karar verildiği dikkate alınarak, davalı idarece, İdare Mahkemesi kararı uygulanırken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararı uyarınca varsa daha önce 2. maddenin ihlali nedeniyle yapılmış olan ödemelerin dikkate alınacağını ve mükerrer ödemeye sebebiyet verilmeyeceğini⁴³² belirtmiştir⁴³³.

Danıştay'ın manevi tazminatta denkleştirme hususuna yaklaşımı incelendiğinde; hem somut biçimde hesaplanan bir yarar kaleminin manevi tazminatın denkleştirilmesinde dikkate alınmaması hem de manevi tazminatın ancak aynı olay ve dolayısıyla aynı manevi zarar için bir başka Mahkemece takdir edilen tazminatla denkleştirilmesi nedeniyle manevi zararlar yönünden yapılan denkleştirmenin gerçek anlamda bir denkleştirme olmadığı düşüncesinin desteklendiği izlenimi güçlenmektedir.

Ancak mükerrer ödeme hususuna ilişkin bu içtihadın sorunlu olduğunu düşünmekteyiz. Bir kere AİHM tarafından manevi tazminata hükmedilen hallerde örneğin AİHS 3. m.'nin hem usul hem de esas yönünden ihlal edildiğine yani hem işkence yasağının ihlal edildiğine hem de etkili soruşturma yapılmadığına karar verilmesi halinde

⁴³² D. 10. D. 22.12.2020 t. E: 2018/4309; K:2020/6754 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:23.04.2021).

⁴³³ Aynı gerekçeyle verilen diğer kararlara örnek olarak; B. No: 2858/07 Ciğerhun Öner - Türkiye kararı ile ilgili olarak verilen D. 10. D. 17.01.2019 t. E:2018/4077;K:2019/457 s.k.; B. No: 1413/07 Coşelav - Türkiye kararı ile ilgili olarak verilen DİDDK 11.02.2015 t. E:2013/1614; K:2015/339 s.k.; B. No: 12336/03 Perişan vd. - Türkiye kararı ile ilgili olarak verilen DİDDK 02.12.2013 t. E:2010/2741; K:2013/4312 s.k. gösterilebilir.

başvuran lehine hükmedilen manevi tazminatın ne kadarının usule ne kadarının esasa yönelik ihlalin karşılığı olduğu belirtilmemektedir. Bu tür durumlara ilişkin olarak Mahkemelerin kendi içlerinde bir sistem oluşturduğu ve tek başına esastan ihlal durumu, tek başına usulden ihlal durumu ve de ikisinin birlikte bulunduğu durumlar için belirli bir sistematik dahilinde tutar belirlemesi yapıldığı bilinmektedir. Bu halde topluca hükmedilen manevi tazminatın İdare Mahkemesince hükmedilen tazminattan indirilmesi hatalı olmaktadır. Yalnızca esasa ilişkin ihlale karşılık gelen kısmın tespiti ise ayrı bir zorluk içermektedir.

Yargıtay daha önce müterafik kusur başlığında ele aldığımız karardan da anlaşılacağı üzere tazminatın belirlenmesi için öncelikle zararla ilgili indirim sebeplerinin dikkate alınması gerektiğini, daha sonra tazminatla ilgili indirim sebeplerinin -müterafik kusur indirimi, üçüncü kişinin kusuru, beklenmeyen hal vb.- uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Doktrinde de bu görüş desteklenmektedir. “Denkleştirme zararın belirlenmesine ilişkin bir işlemdir. Kusurun hafifliği, zarar görenin müterafik kusuru gibi haller nedeniyle tazminatın azaltılmasından önce denkleştirme yapılmalı, böylece saptanan zararın giderimi için daha sonra anılan indirim nedenleri gözetilmelidir.”⁴³⁴

III. MANEVİ TAZMİNAT HAKKININ DEVRİ VE MİRASÇILARA GEÇİŞİ

Subjektif yaklaşıma dayalı manevi zarar nitelendirmesi manevi tazminatı bizzat zarar görenin acılarının ve üzüntülerinin dindirilmesine özgülediğinden, tazminat talebi, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan kabul edilir; dolayısıyla başkasına devredilmesinin veya mirasçılara geçmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılır⁴³⁵.

⁴³⁴ TEKİNAY vd., 1993, s. 590.

⁴³⁵ SAYMEN, 1940, s. 218-219); TEKİNAY, Selahattin Sulhi, “Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Ankara 1990, s. 61; TEKİNAY vd.1993, s. 689-691, 696; GÜRİSOY, 1973, s. 12; FRANKO, 1973, s. 220; Von TUHR, 1983, s. 116-117. Von Tuhr'a

Objektif yaklaşıma dayalı manevi zarar nitelendirmesi ise, giderim işlevi gören manevi tazminatın alacak hakkı kapsamında değerlendirilmesini beraberinde getirmiştir. Objektif yaklaşımı savunanlara göre manevi zarar doğduğu an alacak hakkı niteliğinde olduğundan manevi tazminatı farklı bir hukuki rejime tabi kılmak tutarsız olacaktır. Böylelikle bu tazminata ilişkin talep hakkının başka kişiye devri yahut mirasçılara intikali usulü diğer alacak haklarının tabi olduğu usullerden farklı olmayıp, herhangi bir kısıtlamaya tabi bulunmamaktadır, yani dava edilmiş olup olmadığına bakılmaz⁴³⁶.

Bunların dışında, manevi tazminat talep hakkının ancak zarar veren karşı tarafça kabul edilmiş olmak veya zarar gören tarafından dava edilmiş olmak şartıyla devrinin ve mirasçılara geçmesinin mümkün olduğunu kabul eden üçüncü bir karma görüş de bulunmaktadır⁴³⁷.

Mevzuata bakıldığında ne 6098 sayılı Kanun'da ne de 2577 sayılı Kanun'da manevi tazminatın devredilip edilemeyeceği veya talep hakkının mirasçılara geçip geçmeyeceği hususunda açık hüküm bulunmadığı görülmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesinin 4. fıkrasında ise, "Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez." hükmüne yer verilmekle, objektif ve subjektif yaklaşıma ilişkin şartların harmanlandığı, karma bir yöntem öngörülmüştür⁴³⁸.

göre manevi tazminat ödeme yükümlülüğü maddi zararı giderme yükümlülüğü gibi miras ile intikal ederken, bu tazminatı talep hakkı için aynı durum, belirtilen sebeplerle, geçerli değildir.

⁴³⁶ EREN, 2017, s. 810; KIRCA, 1999, s. 261-262; SEROZAN, Yaklaşım, 1990, s. 93-94; SEROZAN, İntikal, 1990, s. 280-282. Fransız Danıştay'ı da manevi tazminatın mirasçılara intikalini bu bakış açısıyla değerlendirmekte, 29.01.1971 tarihli Assistance publique-Hopitaux de Paris kararıyla başlayan süreçte, manevi zarara karşılık tazminat talep etme hakkının zararın gerçekleştiği andan itibaren doğduğunu, zarara uğrayanın buna yönelik bir talepte bulunmadan yaşamını yitirmesi halinde dahi talep hakkının mirasçılara geçeceğini kabul etmektedir. Akt. ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 195.

⁴³⁷ DESCHENAUX & TERCİER, 1983, s. 210; BK m. 49 kapsamındaki, kişilik haklarının ihlal edildiği durumlar yönünden karşı tarafça kabul edilmiş olma hali için (TEKİNAY vd., 1993, s. 690).

⁴³⁸ EREN, 2017, s. 810; KESKİN, 2016, s. 269) Manevi tazminat isteminin, mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmemesine ilişkin usul, doktrinde 'aktif miras intikalinin sınırlandırılması' olarak ifade edilmektedir. Akt. ANTALYA O. G., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2019, s. 221.

Manevi tazminat alacağının devri idari yargı uygulamasında görülen bir durum olmamakla birlikte, kanun koyucunun devre ilişkin olarak öngördüğü kısıtlama, manevi tazminatın diğer alacak haklarıyla aynı hukuki statüye tabi kılınmak istenmediğinin göstergesi olarak yorumlanabilir. Manevi tazminat talebinin karşı tarafça yani idarece kabul edilmesi hali gibi devrinin istenmesi durumu da uygulamada sık görülmemektedir.

Mirasçılara intikal hususunda TMK'nın öngördüğü sistemde, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan manevi tazminat isteme hakkı talep ve dava edilmekle⁴³⁹ bu vasfından sıyrılarak alacak hakkına dönüşmektedir⁴⁴⁰. Bu yönüyle hükmün benimsediği sistem; subjektif yaklaşımı savunanlarca ölenin mirasçılarının uzak derecedeki hısımları olması halinde ölene ilişkin, ölenin paylaşmak istemeyeceği, özel ve gizli meselelerin açığa vurulmasına yol açılacağı, bu durumun da kişilik haklarına aykırı olacağı; objektif yaklaşımı savunanlarca da ölmeden önce hukuki imkânlardan yararlanma uyanıklığını ve çabukluğunu gösterenler ve/veya gösterebilenler ile diğerleri arasında eşitsizlik doğuracağı ileri sürülerek eleştirilmiştir⁴⁴¹. Bu anlamda, kanunkoyucunun, manevi tazminat isteme hakkının alacak hakkına dönüşmesiyle manevi boyutunu ihmal ettiği, maddi boyutunu önemsediği, diğer bir deyişle bu aşamadan sonra yalnızca bir alacak hakkı olarak kabul ettiği söylenebilir.

Subjektif görüşe yakın olan Tekinay, manevi tazminat talebinin ancak mahkeme kararıyla hüküm altına alınması halinde kişiye sıkı sıkıya bağlılık vasfının çözüleceğini, devir ve intikale konu olacağını kabul etmekte, anılan Kanun hükmünü devir ve intikali

⁴³⁹ Zarar görenin ölmeden önce dava açmış olması halinde, manevi tazminat talep etme hakkının mirasçılara geçmesi, kökeni Roma Hukukuna dayanan (Von TUHR, 1983, s. 117); (ÜNAL, 1978, s. 403) ve doktrin tarafından da kabul edilmiş olan bir durumdur (SAYMEN, 1940, s. 87 ve 220). İslam Hukukunda da zarar görenin manevi tazminata benzer istemler içeren davayı açmadan önce vefat etmesi halinde talep hakkının mirasçılara geçmeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. BİLMEN, 1941, s. 810.

⁴⁴⁰ ANTALYA, 2017, s. 41.

⁴⁴¹ TEKİNAY, 1990, s. 61-62; TEKİNAY vd., 1993, s. 690; manevi tazminat isteminin mirasçıya kayıtsız şartsız intikalini savunanlardan; SEROZAN, İntikal, 1990, s. 286.

farklı hukuki rejimlere tabi tutması nedeniyle eleştirmektedir⁴⁴². Ne var ki, mahkeme kararıyla hüküm altına alınmış olan bir alacağın, ayrı bir yasal düzenlemeye gerek olmaksızın, miras hukuku kuralları çerçevesinde doğrudan terekeye dâhil olacağı açıktır.

Yargıtay'ın bu konudaki köklü içtihadı şu yöndedir; "... Manevi tazminat isteme hakkı, kural olarak zarar görene ait bir haktır. Ancak, zarar gören ölmeden önce dava açmış veya dava açma iradesini izhar etmiş ise manevi tazminat isteme hakkı mirasçılara intikal eder. Mirasçılar açılmış davaya devam edebilirler veya dava henüz ikame edilmemiş ise bizzat dava açabilirler."⁴⁴³

Bahsedilen irade açıklamasından neyin kastedildiği tartışmaya değerdir. Genellikle bu açıklamanın, ileride açılması muhtemel manevi tazminat talepli dava için avukata vekâlet verilmesiyle yapılmış sayılabileceği örneği gösterilmektedir⁴⁴⁴. Bu örnek, ilgili talebin açıkça yer aldığı usulüne uygun düzenlenmiş bir vasiyetnamenin açıklama olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusunu akla getirmektedir. Hatta adli yargı düzeninde geçerli bulunan delil sistemi nedeniyle, -her ne kadar takdîri deliller arasında bulunsa da en sık başvurulmuş delil türü olan- tanık kurumunun bulunması ve tarafların beyanlarının yargılama sürecinde belirleyici olması söz konusu olduğundan, dava açma iradesinin açıklanmış olma durumunun taraf beyanı ile veya tanık ifadesi ile ortaya konulursa dikkate alınabileceği dahi söylenebilir⁴⁴⁵. Bu yöntemlerin İdari yargı düzeninde uygulanabilirliği ise ayrı bir tartışma konusu oluşturur. Zira dosya üzerinden yapılan yargılamada, ölen kişinin dava açma iradesinin usulüne uygun düzenlenmiş bir vasiyetname veya noter onaylı bir belge ile açıklanmış ve buna ilişkin evrakın dosyaya

⁴⁴² TEKİNAY, 1990, s. 61.

⁴⁴³ 3. Hukuk Dairesi 13.11.2019 t. E:2019/1308; K:2019/9138 s.k.. Aynı yönde 1963 tarihli HGK kararı için bkz. GÜRSOY, 1973, s. 11.

⁴⁴⁴ EREN, 2017, s. 810.

⁴⁴⁵ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 12.06.1981 tarihli ve E:7633; K:8562 sayılı kararında; velayet altındaki küçüğün zarar görmesi sonucunda velisinin olay nedeniyle açılan ceza davasına müdahale talepli dilekçesinde velisi olarak küçüğe ilişkin manevi tazminat talebini saklı tuttuğunu belirtmesini izhar için yeterli görmüştür. Akt. KARAHASAN, 2001, s. 69.

sunulmuş olması ve dahi dava dilekçesinde böyle bir durumun varlığının iddia edilmiş olması yeterli görülecek midir?

Her ne kadar Yargıtay tarafından dava açma iradesini açıklama halinin olayın özelliklerine göre değerlendirildiği kararları bulunmakta ise de; bunun ‘sorumludan isteme’ye yönelik bir irade açıklaması olarak anlaşılması gerektiği, yalnızca avukata vekâlet verme yoluyla yapılan alelade bir irade açıklamasının yeterli olmadığı, manevi tazminat isteminin mirasçılara geçmesi için zarar gören tarafından -bizzat veya vekil aracılığıyla- eylemden doğan zararlarda 2577 sayılı Kanun’un 13. maddesi uyarınca İdareye yapılmış manevi tazminat istemli bir başvurunun, işlemde kaynaklı zararlarda ise 11. madde kapsamında ilgili işlemin kaldırılması, geri alınması vb. istemli bir başvurunun aranması gerektiğini düşünmekteyiz⁴⁴⁶.

Danıştay, manevi zararlar yönünden subjektif yaklaşımı benimsemiş olduğundan bu konudaki yaklaşımı da manevi tazminat alacağının şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu, mutlaka hak sahibi kişi tarafından kullanılması gerektiği; bu özelliğinden dolayı dava konusu edilmemiş ve manevi tazminatı gerektiren zarara neden olmuş kişiye karşı ileri sürülmemiş manevi tazminat alacağının başkalarına devredilemeyeceği ve miras yoluyla geçmeyeceği yolundadır⁴⁴⁷. Aynı karara göre; “Ancak bu hakkın dava açılmak suretiyle bir kez dermeyeran edilmesi sonucu artık şahsa bağlı olmaktan çıkarak kişinin mamelekine girdiği ve dolayısıyla miras yolu ile intikal edebileceği ve devredilebileceği tartışmasıdır.”

⁴⁴⁶ Aynı yönde bkz. ANTALYA, 2017, s. 42; “Manevi tazminat talebinin mutlaka dava yoluyla ileri sürülmesi gerekli değildir; manevi tazminat sorumlusundan irade açıklaması ile talep edilmesi yeterlidir.”. Serozan da ileri sürmüş olma durumunun giderek daha geniş yorumlanmasını manevi tazminat isteminin mirasçıya kayıtsız şartsız intikali sistemine eğilim olarak yorumlamaktadır (SEROZAN, Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali, 1990, s. 286).

⁴⁴⁷ Yargıtay 21. HD’nin 24.03.2016 tarih ve E:2015/8769; K:2016/5171 sayılı kararına atıfla verilen 16.10.2017 tarihli ve E:2017/2511; K:2017/4114 sayılı D. 10. D. Kararı (UYAP E.t.:11.05.2021).

Danıştay'ın bazı dairelerince verilmiş aksi yönde kararlar da bulunmaktadır. Uyuşmazlığa konu olayda; müteveffa davacı, Kars ili şehir kanalizasyonunun ve belediyeye ait mezbahanın sularının arıtmaya tabii tutulmadan Susuz Çayı'na ve Kars Çayı'na bırakılması nedeniyle çevrede oluşan kirliliğin önlenmesi ve kendilerine temiz içme suyu sağlanması için davalı Belediyelere yaptığı başvuruların zımnen reddi üzerine bu işlemlerin iptali istemiyle açtığı davalarda verilen iptal kararlarının uygulanmaması nedeniyle ve çevrede oluşan kirlilik nedeniyle uğradığı manevi zararlara karşılık manevi tazminat talebi içeren iki ayrı dava açmış; İdare Mahkemesi karara bağladığı ilk dosyada, yargılama süreci devam ederken yaşamını yitiren davacının mirasçıları lehine işbu davanın da konusu olan 50.000,00-TL manevi tazminata hükmetmiş⁴⁴⁸; diğer dosyada ise⁴⁴⁹, esasen aynı istemli başvurular neticesinde açılan iki ayrı tazminat davası bulunduğu, ilk dosyada tazminata hükmedilmesiyle manevi tazminatın duyulan elem ve ızdırabı hafifletme amacına ulaşıldığı, aynı istemle açılan her bir tazminat davasında tazminata hükmedilmesinin tazminat ödenmesinin amacıyla bağdaşmayacağı, aksi bir yorumun tazminat hukukunun temel prensibi olan sebepsiz zenginleşmeye sebebiyet vermeme prensibine aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Anılan karara karşı ölenin mirasçıları olan davacılar tarafından,

⁴⁴⁸ Susuz Çayı'ndaki kirlilik ve ilgili iptal kararının uygulanmamasından kaynaklı zararların giderimi için açılan bu davada İdare Mahkemesince, atık sudan kaynaklı tazmin sorumluluğunu doğuracak bir hizmet kusurunun bulunmadığı, dava konusu zımni ret işlemlerinin hukuka aykırılığına karar verilmiş olsa da idarece arıtma tesisi kurmaya yönelik iş ve işlemlere başlanıldığı bu nedenle yargı kararının uygulanmamasının söz konusu olmadığı her hukuka aykırılığın tazmin borcu doğuracak ağırlıkta olmadığı belirtilerek davacının kişilik haklarının ihlal edildiği sonucuna varılamayacağı gerekçesiyle dava reddedilmiş ve bu kararın temyiz ve karar düzeltme incelemesinden geçtikten sonra kesinleşmesi üzerine davacının aynı bölgede yaşayan bir diğer kişi ile birlikte, yaşanan su kirliliğinin etki ve sonuçları nedeniyle sağlıklı yaşam haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuru sonucunda, başvurucuların özel ve aile hayatına saygı haklarının ihlal edildiğine, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar verilmiş; bundan sonra İdare Mahkemesince manevi tazminat talebi kabul edilmiştir.

⁴⁴⁹ Kars Çayı'ndaki kirlilik nedeniyle uğranılan zararların giderimi istemiyle açılan bu davada, İdare Mahkemesince, kanalizasyonun yerleşim yerinin dışında bir noktada çaya bırakıldığı ve davacının evinin de çayın sınırında bulunmadığı tespit edildiğinden bahisle davacının kanalizasyonun arıtılmadan çaya bırakılmasından doğan olumsuzluklardan etkilenmediği sonucuna varılarak dava reddi yolunda verilen kararın, davacının yargılama sürecinde yaşamını yitirmesi nedeniyle 2577 sayılı Kanun'un 26. maddesi uygulanmak üzere Danıştay 14. Dairesi tarafından bozulması sonrasında ölenin mirasçıları tarafından davaya devam edilmiştir.

kanalizasyonla kirletilen iki suyun olduğu, bunlardan birisinin hayvancılık yaptıkları bölgeyi diğersinin ikamet ettikleri bölgeyi kirlettiğı, ortada iki ayrı kirlilik bulunduğu bu nedenle aynı istemle açılan iki ayrı dava olduğu şeklinde değerlendirme yapılarak davanın reddi yolunda verilen kararın hatalı olduğu iddialarıyla temyiz yoluna başvurulması sonucunda; Danıştay 6. Dairesinin kararıyla; uyuşmazlıkta, Kars Çayı'ndaki kirliliğın insan ve çevre sağlığını tehdit ettiğinden bahisle manevi tazminat talep edildiğı belirtildikten sonra manevi zararın meydana geliş şekline göre yalnızca öleni ilgilendiren nitelikte olduğu, murisin manevi zararının mirasçılarının olan davacılara intikal etmeyeceğinin açık olması karşısında davanın belirtilen yönden de reddi gerektiğı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki kararın bu ek gerekçe ile onanmasına karar verilmiştir⁴⁵⁰.

Görülmektedir ki; Danıştay bu kararında Roma Hukukundan beri kabul edilmekte olan, manevi tazminat talep hakkının manevi zarara uğrayan tarafça dava edilmiş olması halinde mirasçılara intikal edeceği yolundaki ilkeyi açıkça yok saymaktadır. Bu halde, onama kararında yer alan; manevi zararın yalnızca öleni ilgilendiren nitelikte olduğu, murisin manevi zararının mirasçılarının olan davacılara intikal etmeyeceğı yolundaki, aynı zamanda hatalı terminolojiye dayanan değerlendirmelerin kabulü mümkün gözükmemektedir. Mirasçılara intikali söz konusu olan unsurun manevi zarar değil manevi tazminat talep etme hakkı olduğu açıktır. Gerekçe eklenerek onanan İdare Mahkemesi kararındaki değerlendirme hatasının konumuzu ilgilendiren diğers yönü ise; ortada iki ayrı kirlilik nedeniyle oluşan iki ayrı manevi zararın olduğunun kabulünün ve bu durumda iki ayrı manevi tazminata hükmedilmesinin gerektiğidir.

Doktrinde ATAY-ODABAŞI, manevi tazminat zarar gören tarafından talep edilmeden zarar görenin ölmesi halinde tazminat talep etme hakkının mirasçılara

⁴⁵⁰ 18.02.2020 tarihli ve E:2019/22110; K:2020/1922 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:24.05.2020).

gececeğini kabul etmekle birlikte, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklara ilişkin davalar dışındakilerin İYUK m. 26'ya göre⁴⁵¹ çözüleceği; bedensel zararlar, şeref ve haysiyetin ihlali gibi durumlarda murislerin tazminat talep hakkının olmadığı görüşündedir⁴⁵².

Konunun ele alındığı bir diğer Danıştay kararında ise, Üniversite Hastanesinde yapılan anjiyo esnasında takılan stentin anadamara kaçması nedeniyle altı ay bakıma muhtaç hale geldiğini ileri süren davacı tarafından olayda idarenin hizmet kusuru bulunduğu bahisle maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan dava sonucunda, İdare Mahkemesince Adli Tıp Kurumu raporunda stent takılması esnasında stentin damara düşmesinin her türlü özene rağmen görülebilecek bir komplikasyon olduğu, oluşan komplikasyonun yönetiminin tıp kurallarına uygun olduğu belirtildiğinden, davalı idareye atfedilebilecek hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararın usulüne uygun biçimde temyiz edilmesinden sonra davacının vefat ettiğinin anlaşılması üzerine, 26. maddenin 1. fıkrası hükmünün uygulanmasını teminen verilen bozma kararında⁴⁵³, 26. maddenin 2. fıkrasında kastedilenin münhasıran ölenin şahsına sıkı sıkıya bağlı olan, başkalarına devir ve temlik veya miras yoluyla intikali mümkün olmayan haklarla ilgili davalar olduğu; bunun dışında, Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca, ölene ait bulunan bütün haklar, mallar ve borçlar mirasçılara geçeceğinden, dava açılmakla mameleki niteliğe dönüşen hakların da ölenin malvarlığının bir bölümünü oluşturacağı, açılmış bulunan bu tür davaları ölenin mirasçılarının takip etme hakkı bulunduğu belirtilmekle, yanlış tedavi uygulanması iddiasına dayalı olarak davacının uğradığı bedensel zarardan kaynaklanan maddi ve

⁴⁵¹ “Tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik” başlıklı Madde 26: “1. Dava esnasında ölüm veya herhangi bir sebeple tarafların kişilik ve niteliğinde değişiklik olursa, davayı takip hakkı kendisine geçen başvurusuna kadar; gerçek kişilerden olan tarafın ölümü halinde, idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına ilgili mahkemece karar verilir. Dört ay içinde yenileme dilekçesi verilmemiş ise, varsa yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. 2. Yalnız öleni ilgilendiren davalara ait dilekçeler iptal edilir. ...”

⁴⁵² ATAY & ODABAŞI, 2010, s. 205.

⁴⁵³ D. 10. D. 07.12.2020 t. E:2019/6391; K:2020/5893 s.k. (UYAP E.t.:03.05.2021).

manevi zararların tazminine ilişkin istemin dava açılmakla alacak hakkına dönüştüğü kabul edilmiştir⁴⁵⁴.

Yine bir başka Danıştay kararında; müfettişlik görevinden alınmasına ilişkin işlemin iptali ile işlem nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü parasal kayıpların iadesi ve manevi tazminat ödenmesi istemiyle açılan davada davacının dava devam ederken vefat etmesi üzerine kızı, mirasçısı sıfatıyla davaya devam etme isteminde bulunmuştur. Davaya bakan İdare Mahkemesi işlemin iptaline, dava konusu işlem nedeniyle yoksun kalınan parasal hakların ödenmesine, manevi tazminat istemi yönünden ise manevi tazminatın niteliği itibarıyla yalnızca öleni ilgilendirdiği gerekçesine dayanarak davanın bu kısmı yönünden 2577 sayılı Kanun'un 26. maddesinin 2. fıkrası uyarınca dilekçenin iptaline karar vermiştir. Kararı temyizen inceleyen Danıştay Beşinci Dairesi “Manevi tazminat, her ne kadar talep eden kişiyle doğrudan ilgili bir zarara ilişkin olabilir ise de, dava konusu işlem nedeniyle uğranıldığı iddia edilen manevi zararın tazmini isteminin, netice itibarıyla bir paraya taalluk ettiğinden ve bu yönüyle mirası da etkileyeceğinden, bu davadaki isteğin yalnız öleni ilgilendiren davaya ait bir istem olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, davacının ölümü nedeniyle davayı takip hakkı kendisine geçen mirasçının, manevi tazminat istemi yönünden de davaya devam etme hakkına sahip olduğunun kabulü gerektiği” gerekçesiyle kararın dilekçenin iptaline ilişkin kısmının bozulmasına karar vermiş; ancak ilk derece Mahkemesi manevi tazminat istemi yönünden dilekçenin iptaline ilişkin bozma kararına uymayarak ilk kararında ısrar etmiştir. İsrar kararını temyizen inceleyen İDDK da Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesinin 4. fıkrasına atıf yaparak, manevi tazminat talebinin dava açılması ile mirasbırakan

⁴⁵⁴ Yukarıda yer verilen 16.10.2017 tarihli ve E:2017/2511; K:2017/4114 sayılı D. 10. D. kararında da, ölenin anne-babası ve kardeşleri olan davacılar tarafından, yakınlarının ölmesi olayından kaynaklı maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, dava devam ederken davacı babanın ölmesi sonucu aynı değerlendirmeye yer verilerek, ölümden kaynaklı zararlar yönünden de bu yaklaşım benimsenmiş bulunmaktadır.

tarafından ileri sür÷lmüş olduğu hususuna da dikkat çekmek suretiyle Daire kararının bu kısmını onamıştır⁴⁵⁵.

Aktarılan kararlardan da anlaşılacağı üzere Danıştay manevi tazminat istemli davanın açılmasından sonra davacının vefat etmesi halinde manevi tazminat alacağının mirasçılara intikal edeceğini açıkça kabul etmektedir.

Unutulmaması gereken bir husus da, zarar görenin hukuka aykırı olay nedeniyle uğradığı zarara karşılık manevi tazminat istemli dava açmasından sonra, aynı veya bir başka olayın etkisiyle yaşamını yitirmesi halinde, hem zarar görenin uğradığı zarar hem de mirasçılardan manevi tazminat istemli dava açmaya subjektif ehliyeti bulunanların ölüm nedeniyle uğramış olduğu zarar olmak üzere iki ayrı zarar bulunmakta olup, bu mirasçıların her iki zarar kalemi için ayrı ayrı talepte bulunabileceğidir⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ DİDDK 08.02.2016 t. E:2015/2068; K:2016/193 s.k. (UYAP kapalı ortamından E.t.:03.05.2021).

⁴⁵⁶ Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 07.11.1968 tarihli ve E:3112; K:8654 sayılı kararı Akt. KARAHASAN, 2001, s. 68.

SONUÇ

Tazminatın yürürlükteki hukuka göre objektif veri ve ölçütler dikkate alınarak belirlenmesi bu parasal ödemeyi bir mülkiyet hakkı unsuru karakterine büründürmektedir. Bu yönüyle tazminat hakkının, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca AİHS 1 Numaralı Ek Protokolün 1. maddesi kapsamında korunması gerekmektedir. AİHM idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemleriyle bireylere verdiği zararların tazminine ilişkin uyuşmazlıkları medeni hak ve yükümlülükler kapsamında değerlendirmekte ve böylece bunların mülkiyetin korunmasına ilişkin esaslar yanında adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerden de yararlanmasının önünü açmış olmaktadır⁴⁵⁷.

Manevi tazminatın miktarı en başta manevi zarar kavramına yöneltilen bakış açısından etkilenmekte, zira buna paralel olarak manevi tazminatın ne tür bir amaca hizmet etmesi gerektiğine yönelik düşünce şekillenmekte, dolayısıyla bu konuda temelde edinilen ya da elde tutulan hukuki yaklaşım manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin süreci büyük ölçüde etkilemektedir. Türk İdari yargısı, objektif manevi zarar teorisini açıkça gündeme getiren ve yerleşik uygulamaya geçirme yönünde ilerleyen Yargıtay uygulamasının aksine, halen subjektif manevi zarar teorisine dayalı olarak manevi tazminatın tatmin işlevine yönelik olduğunu, tazmin aracı değil tatmin aracı olduğunu kabul etmektedir. Ancak manevi tazminat tek işlevle sınırlanmış bir kurum da değildir. Hizmet kusuru nedeniyle ortaya çıkan zararların karşılanmasında manevi tazminatın zarar görenin duyduğu acı ve üzüntüyü kısmen de olsa giderebilecek düzeyde olmasının yanı sıra idarenin olaydaki kusurunun ağırlığını ortaya koyacak nitelikte olması beklenmekte; özellikle ağır kusurun söz konusu olduğu hallerde hukuka aykırılığı özendirmeyecek, benzer olayların yaşanmaması için idareyi caydırıcı ve aynı zamanda cezalandırıcı bir miktarda olması aranmaktadır. Uyuşmazlık türüne göre manevi tazminata kimi zaman

⁴⁵⁷ Bu tür kararlar son derece çeşitli olmakla birlikte bkz. X - Fransa, 31.03.1992, B. No: 18020/91, para. 30; Göç - Türkiye, 11.07.2002, B. No: 36590/97 para. 30; Mehmet ve Suna Yiğit - Türkiye, 17.07.2007, B. No: 52658/99, para. 30; Çevikel - Türkiye, 23.05.2017, B. No: 23121/15, para. 32-44.

sosyal yardım benzeri fonksiyon yüklendiği de olmuştur, ki ileride karşılaşılabilecek başka türden uyuşmazlıklarda da bu değişken yaklaşımın sürdürülmesi önünde bir engel bulunmamaktadır.

Danıştay'ın ve İdare Mahkemelerinin manevi tazminat talepleri kabul edilirken *yaşanılan acı ve üzüntünün karşılığı* şeklinde; reddedilirken de *olayda manevi tazminatın şartlarının oluşmadığı* şeklinde kalıpları kullanma eğiliminde olduğu, olayın özelliklerine göre hakkın ihlalinin kişiyi ne yönden ne derece etkileyebileceği hususunda edindiği izlenim ve hareket ettiği saikleri detaylı biçimde açıklama gereksinimi duymadığı, dolayısıyla takdirini etkileyen unsurları ayrı ayrı somutlaştırma ve gerekçelendirme eksikliğinin olduğu görülmektedir. Takdiri etkileyen unsurların toptancı bir yaklaşımla değerlendirilmesi miktarın objektif olarak belirlendiği düşüncesini zayıflatmaktadır. Bilirkişi tespitine elverişli olmayan, münhasıran hâkime/mahkemeye ait olan manevi tazminatı takdir hakkının uyuşmazlığa özgü hangi kriterlerden etkilendiğinin, maddi tazminata kıyasla, yeterli biçimde gerekçelendirilmemesi bu tazminatın objektif biçimde belirlenmediği kaygısını ve objektifleşmeye yönelik eğilimi kuvvetlendirmiştir.

Bu eğilimi kuvvetlendiren bir başka gerçek de; ne kadar mahkeme kararı incelenirse incelensin benzer uyuşmazlıklara ilişkin manevi tazminat taleplerinin ve hükümlerinin miktarsal açıdan birbirlerinden farklılaşması nedeniyle belli ilke ve ölçüler belirlemenin zor olmasıdır. En başta talepler arasındaki tutarsızlıktan kaynaklanan bu karmaşanın giderilmesi ihtiyacı objektifleşmeyi cazip hale getirmektedir. Yine de kişilik hakkı ihlalleri açısından manevi tazminata ilişkin bir tarifeleşme doktrinde uzun zamandır savunulsa da uygulamaya geçmemiş gözükmekte, özellikle Danıştay tarafından bu konuda içtihadi yaklaşım devam ettirilmektedir.

Bireyin, *devlet karşısındaki güvence alanının giderek genişlemesinden*⁴⁵⁸ öte değer olarak yükselişi, çeşitli haklara sahip bir robot olarak değerlendirilmemesi gerektiğini göstermekte, dolayısıyla kişilik hakkı ihlallerinin “objektif” tarifelere bağlanarak tazmin edilmesi ile bizce uyuşmamaktadır. Hukuki sorumluluğun öncelikle zararı gidermeye yönelik olması ve cezalandırma işlevi üstlenemeyeceği gerçeği bireyin devlet tarafından mağdur edildiği (*“ihlaller”e fiyat biçen bir “tazminat envanteri”nin devletin sorumluluğunda temel çözüm oluşturduğu*) kabulünü haklı çıkarmaya muktedir değildir⁴⁵⁹.

Sorumluluğun belirlenmesi en temelde hukuki bir değerlendirme işidir. Ancak manevi tazminat, “tamamen takdire bağlı bir silah”⁴⁶⁰ olarak da görülmemelidir.

Zarar göreni de tatmin edici bir sonuca ulaşılmasına yönelik çaba idarenin sorumluluğunu intikam aracına dönüştürme olarak yorumlanamaz ki devletin hukuka bağlılığı ödediği tazminatların miktarı ile de ölçülemez.

Danıştay kararlarına bakıldığında, müterafik kusur, manevi tazminatın miktarının artırılması, denkleştirilmesi gibi konularda benimsenen yorum ve bakış açısına koşut biçimde içtihat da yumuşama ve genişleme yerine bir daralmanın söz konusu olduğu, her ne kadar manevi tazminat miktarlarının parasal olarak geçmiş dönemlere kıyasen yüksek olduğu reddedilemeyecek -ve enflasyon karşısındaki durumu tartışılır- olsa da manevi tazminatın “istisnai” bir kurum olarak değerlendirmesi eğiliminin güçlendiği görülmektedir.

⁴⁵⁸ OZANSOY, 1989, s. 9.

⁴⁵⁹ OZANSOY, 1989, s. 2.

⁴⁶⁰ ERTAŞ, 1990, s. 66.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU, Tekin.** “Gözlemler: Yönetmelik Yargıda Manevi Giderim ve Bilgi Hukuku Gelişmesi”, Amme İdaresi Dergisi, C. 22, S. 2, 1989, s. 98-110.
- AKÜNAL, Teoman.** “Uygulamada Denkleştirme Sorunu”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu (Ankara, 15-16 Aralık 1978), Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1981, s.163-185.
- AKYILMAZ, Bahtiyar.** “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1-2 (Prof. Dr. Süleyman ARSLAN'a ARMAĞAN), 1998, s. 165-219.
- ANTALYA, Osman Gökhan.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Marmara Hukuk Yorumu, C. V/1, 2., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- ANTALYA, Osman Gökhan.** Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, Legal Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2017.
- ANTALYA, Osman Gökhan.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2012.
- APAYDIN, Bahadır.** “6459 Sayılı Kanun ve İdari Yargılamada İslah Kurumu”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Cilt 1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 211-235.
- ARAT, Ayşe.** “6098 Sayılı Borçlar Kanunu m. 58’e Göre Manevî Tazminatın Belirlenmesine, 818 Sayılı Borçlar Kanunu m. 49/II’nin Kaldırılmasının Etkisi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 3-4, 2013, s.185-206.

- ARAZ, Yunus.** “İslâm Hukukunda Manevî Zararların Malî Tazmini”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 5, 2016, s. 119-148.
- ARIKAN, Şafak.** Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Zararlarda Manevi Tazminat, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- ARMAĞAN, Tuncay.** İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.
- ARPACI, Abdülkadir.** Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2000.
- ATAY, Ender Ethem ve ODABAŞI, Hasan.** Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Güncellenmiş 2. Baskı. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- ATLAN, Hülya.** Manevi Zararı Tazmin Yolları, Oniki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2015.
- AVCI, Adem.** Yargı Kararları Işığında Terör Eylemlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- BAL, Özlem.** “Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan II, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 1257-1270.
- BAL, Yakup, ŞAHİN, Yahya ve KARABULUT, Mustafa.** Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- BENLİ, Abdullah.** İslâm Hukukunda Manevi Tazminat, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 1997.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi.** “İslâm Hukukunda Manevî Zararların Tazmini”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 6, S. 4, 1941, s.798-812.

- BİRBİR EFENDİOĞLU, Didem.** İdari Yargılama Hukukunda İspat Standardı, Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2019.
- CEYLAN, Mahmut.** “İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları”, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 8, S. 16, Aralık 2018, s. 325-342.
- ÇELİK, Çelik Ahmet.** Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006.
- DELCROS, Xavier.** Fransa ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu (Çev. Turgut CANDAN), Danıştay Başkanlığı yayını, Ankara 1984.
- DESCHENAUX, Henri ve TERCİER, Pierre.** Sorumluluk Hukuku (Çev. Salim Özdemir), Kadioğlu Matbaası, Ankara 1983.
- DEUTSCH, Erwin.** “Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri” (Çev. Şeref Ertaş), Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 1981, s. 245-259.
- DURAN, Lütfi.** “İdari İşlemlerden Sorumluluk: İptal Davası - Tam Yargı Davası”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 33, S. 3-4, 1967, s. 3-26.
- DURAN, Lütfi.** Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sorumluluğun Temeli Ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular, Sevinç Matbaası, Ankara 1974.
- EKŞİ, Ahmet.** “İslam Hukukunda Bir Manevi Tazminat Türü Olarak Hükûmetü'l-Elem”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 21, 2013, s. 215-234 .
- EREN, Fikret.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan.** Olumsuz Zarar, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2007.

- ERTAŞ, Şeref.** “Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti”, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1990, s. 65-111.
- ESİN, Yüksel.** Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları İkinci Kitap: Esas İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Balkanoğlu Matbaacılık Ltd. Şti., Ankara 1973.
- FRANKL, Viktor E.,** İnsanın Anlam Arayışı, 63. Basım, Okuyan Us Yayınevi, İstanbul 2019.
- FRANKO, Nisim İ.** Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Doruk Kitap ve Yayınevi, Ankara 1973.
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu.** Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2008.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin.** Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- GÖNEN, K. Eren.** “İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi”, Danıştay Dergisi, S. 108, 2004, s. 23-38.
- GÖZLER, Kemal.** İdare Hukuku, Gürsel Kaplan’ın Katkılarıyla Güncellenmiş 3. Baskı, Cilt 2, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, ve TAN, Turgut.** İdare Hukuku (İdari Yargılama Hukuku), Güncelleştirilmiş 8. Baskı, C. 2, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref ve TAN, Turgut.** İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 13. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- GÜNDAY, Metin.** İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2015.
- GÜRAN, Sait.** “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’ne Göre Manevî Tazmînât”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Y.1, S. 1, 1983, s. 157-162.

GÜRAN, Sait. “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu (Ankara, 12- 13 Mayıs 1979), İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980 s. 151-170.

GÜRSOY, Kemal Tahir. “Manevi Zarar ve Tazmini”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, S. 1, 1973, s. 7-57.

KANETİ, Selim. “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (Ankara, 21-22 Ekim 1977), Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 29-66.

KARAHASAN, Mustafa Reşit. Tazminat Hukuku - Manevi Tazminat, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001.

KAVRAZ, Dilek. İdari Yargıda Manevi Tazminat, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İdare Hukuku Bilim Dalı, Ankara 2009.

KESKİN, Ayşe Dilşad. Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat. “Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi?”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1983, s. 287-294.

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat. “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 1984, s.15-21.

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat. “Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan (1925-1988), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1990, s. 103-110.

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

KIRAC, Esma. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Ağır Bedensel Zarar Halinde Yakınların Uğradığı Manevi Zararın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:82, S. 2, Mayıs 2017, s. 11-48.

KIRCA, Çiğdem. “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, Yargıtay Dergisi, C. 25, S. 3, Temmuz 1999, s. 242-265.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip. “Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. 24, BK. 49)”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (Ankara, 21-22 Ekim 1977), Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 141-180.

NOMER, Haluk N. “Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Mümkün müdür?”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 58, S. 1-2, 2000, s. 221-229.

OĞUZMAN, Kemal. “İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan (1925-1988), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1990, s. 7-54.

ONAR, Sıddık Sami. İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

ONAR, Sıddık Sami. İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 3, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

OZANSOY, Cüneyt. Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1989.

ÖZAY, İl Han. Günışığında Yönetim II: Yargısal Korunma, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul Ekim 2010.

ÖZCAN, Elvin Evrim. “İdari Yargılama Hukukunda Islah”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 92, 2011, s. 223-237.

ÖZCAN, Hüseyin. Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1993.

ÖZDEMİR, Yücel. “İdarenin Manevi Tazminat Sorumluluğu ve Manevi Tazminatın Artırılması Sorunu”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Temmuz 2019, s. 129-156.

ÖZGÜLDÜR, Serdar. “İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları”, ÖZAY, İl Han, **Günışığında Yönetim** içinde, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 810-979.

ÖZSUNAY, Ergun. “Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından “Kusur”un Etkisi ve Önemi”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (Ankara, 21-22 Ekim 1977), Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s.67-128.

ÖZTÜRK, K. Burak. “Vekâlet Ücreti ve Mahkemeye Erişim Hakkı -İçtihat Notu-”, 5. İdare Hukuku Buluşması “Danıştay Karar incelemeleri”, 4-6 Mayıs 2018 Büyükkada/İstanbul, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 29-41. (Vekâlet)

PEKCANITEZ, Hakan, ÖZEKES, Muhammet ve ATALAY, Oğuz. Medenî Usûl Hukuku : Ders Kitabı, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

- PİRİM, Ceren Zeynep.** “Uluslararası Hukukta Mânevî Zarar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.127, 2016, s. 339-374.
- SARICA, Ragıp.** “İdari Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 10, S. 3-4, 1945, s. 486-514.
- SARSIKOĞLU, Şenel.** “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, s. 2389-2422.
- SAYHAN, Şebnem.** “İdari Yargı Sistemlerinin Karşılaştırmalı Analizi”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S. 15, Temmuz 1996, s. 67-74.
- SAYMEN, Ferit Hakkı.** Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, Doktora Tezi, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1940.
- SEROZAN, Rona.** “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan (1925-1988), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1990, s. 67-101. (Yaklaşım olarak kısaltılmıştır.)
- SEROZAN, Rona.** “Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali”, Prof. Dr. İlhan Postacioğlu’na Armağan, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1990, s. 279-289. (İntikal olarak kısaltılmıştır.)
- SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem.** “Fransız İdare Hukukunda Sorumlu Kamu Tüzel Kişisinin Belirlenmesi ve Tazmin Yükünün Sorumlular Arasında Paylaşımı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2015, s. 187-208.
- SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem.** “Sorumluluk - Manevi Tazminat - Yaptırım Fonksiyonu”, 5. İdare Hukuku Buluşması “Danıştay Karar incelemeleri”, 4-6 Mayıs 2018 Büyükdada/İstanbul, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 241-252.

TANDOĞAN, Haluk. Türk Mes'uliyet Hukuku : Akit dışı ve akdi Mes'uliyet, 1961 yılı
birinci basıdan tıpkı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi. “Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında
Eleştiriler”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan (1925-1988),
Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1990, s. 55-66.

**TEKİNAY, Selahattin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk ve ALTOP,
Atilla.** Tekinay Borçlar Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş
Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

TERCIER, Pierre, PICHONNAZ, Pascal ve DEVELİOĞLU, H. Murat. Borçlar
Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

TURAN BAŞARA, Gamze. Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi
Tazminat İle Haksız Kazancın İadesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

ÜNAL, Mehmet. “Manevî Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, Ankara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 1, 1978, s. 397-437.

Von TUHR, Andreas. Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Çev. Av. Cevat Edege), Cilt
1-2, Yargıtay Yayınları No. 15, Olgaç Matbaası, Ankara 1983.

YASİN, Melikşah. İdari Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul
2015.

YAVUZ, Nihat. Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

YELBAŞI, Cengiz. Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Sim Matbaacılık, Ankara 2014.

YILMAZ, Ejder. Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş Dördüncü Baskı, Yetkin Basım Yayım ve
Dağıtım A.Ş., Ankara 2012.

YUMUK, Hamit. İdari yargıda tazminat davası, Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İdare Hukuku Bilim Dalı, Ankara 2005.

ZEN-RUFFİNEN, Piermarco. “İsviçre Sorumluluk Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Manevi Tazminat Konusunda Yeni Gelişmeler (Çev. Haluk BURCUOĞLU)” İstanbul Barosu Dergisi C.59 , S. 4-5, 1985, s. 357-380.



ÖZET

İdarenin hukuki sorumluluğu, hukuk devletinin doğal bir sonucu ve gereği olup, mali anlamda bir sorumluluğu ifade etmekte; idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı, zarar görene, yine kendi malvarlığından çeşitli malvarlığı değerlerinin aktarılması suretiyle kamu hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde tazmin etmesi anlamına gelmektedir.

Bu kapsamda idare; ölüm, bedensel zararlar ve kişilik haklarına saldırı nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararları tazmin etmekle yükümlüdür.

Manevi zararın giderimi için ödenecek olan manevi tazminatın, mevzuat uyarınca, hem adli hem idari yargı yerlerinde hâkim/mahkeme tarafından takdir ediliyor oluşu onu; yargı önünde eşitlik, adalet ve hakkaniyet gibi hukuk devleti ilkeleri ile adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkı başta olmak üzere temel hak ve özgürlükler, yargıya güven, hukukun üstünlüğü gibi kavram ve kurumlarla yakından ilgili hale getirmektedir.

Danıştay, hizmet kusurunun söz konusu olduğu uyuşmazlıklara ilişkin kararlarında, manevi tazminatın şu üç unsuru birbirinden ayrılmaz biçimde içermesi ve gözetmesi gerektiğini belirtmektedir. Bunlar; zarar görenin duyduğu acı ve üzüntüyü kısmen de olsa giderebilecek düzeyde olma, idarenin olaydaki kusurunun ağırlığını ortaya koyacak olma ve sebepsiz zenginleşmeye yol açmama olarak karşımıza çıkmaktadır. Danıştay manevi tazminatı, kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yönelik bir tazmin aracı olarak değil, manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen ve yaşama sevinci ve zevki azalan kişinin manen tatminini sağlamaya yönelik bir tatmin aracı olarak nitelemektedir.

Kusur, zarar gibi manevi tazminatın şartları ile ilgili temel unsurlar yanında usul kurallarına ilişkin diğer bazı unsurlar manevi tazminat miktarına etki etmektedir.

Anahtar kelimeler: Manevi zarar, manevi tazminat, idare hukuku, idari yargı, idarenin sorumluluğu, manevi tazminat miktarının belirlenmesi

ABSTRACT

Being a corollary and necessity of the state of law, the civil liability of administration signifies a fiscal responsibility and means compensation of damages caused by the actions and procedures of the administration by transaction of certain assets of its own to the injured party within the framework of principles and rules of public law.

Within this scope, the administration is liable for compensation of pecuniary and non-pecuniary damages caused by decease, corporal damage and attack on personal rights.

The fact that the non-pecuniary compensation to be paid for non-pecuniary damage is assessed by judge/court at both ordinary justice and administrative justice organs renders it closely related to notions and institutions such as principles state of law (equality before judiciary, justice and equity), fundamental rights and freedoms, particularly right to a fair trial and right of property; confidence in judiciary and rule of law.

In its decisions concerning disputes related to neglect of duty, the Council of State specifies that non-pecuniary compensation should inseparably include and observe the following three elements which are adequacy in terms of relieving albeit partially the pain and sorrow of the injured party; being able to expose the graveness of defect of administration in the case and not giving rise to unjust enrichment. The Council of State describes non-pecuniary compensation as a means of moral satisfaction of the person whose moral values and joy of life decreased, not as a means of compensation of the decline in the assets of the related person.

Besides the basic elements of non-pecuniary compensation such as defect and damage some other elements related to procedure affect the amount of non-pecuniary compensation to be paid.

Key words: Non-pecuniary damages, non-pecuniary compensation, administrative law, administrative judiciary, liability of administration, determination of the amount of non-pecuniary compensation