

İNSAN ZARARLARI MAHKEMELERİNİN KURULUŞ VE GÖREVLERİNE DAİR KANUN TEKLİFİNE ELEŞTİREL BAKIŞ

Bahtiyar AKYILMAZ*,
Çınar Can EVREN**, **Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN****,
Begüm İSBİR**, **Emine KARAGÖZ CİN****,
Hilal ALBAL**, **Halim Alperen ÇITAK****.

ÖZET

Bu çalışma Aralık 2013 de TBMM'ye kanun teklifi olarak sunulan İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi hakkında Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi görüşüne esas olmak üzere yapılmıştır.

Kanun teklifi ile askeri olanlar da dâhil her türlü idari işlem, eylem ve diğer sebeplerden kaynaklananlar ile adli yargının görev alanına giren insan zararlarına ilişkin dava ve işleri görmek üzere insan zararları mahkemeleri kurulması öngörülmektedir.

Teklifte göre söz konusu mahkemeler, adli yargı içinde asliye hukuk mahkemesi derecesindedir ve yargılama usulü olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerini uygulayacaktır. Yine teklife göre bu mahkemelerin vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara bakması öngörülmektedir.

Kanaatimizce teklifle getirilen düzenleme “salt” zarar ve zarar miktarının belirlenmesi odaklıdır. Bu yaklaşım hatalıdır. Her şeyden önce sorumluluk hukukunda, sorumluluğun esası bakımından insan zararı – eşya zararı ayrımı yapılamaz. Sorumluluk, zararın mahiyetine göre belirlenemez. Bu nedenle mevcut uygulamada usulden kaynaklanan sorunların çözümü bu yasa teklifi değildir.

Teklif, anayasamıza göre ülkemizde var olan idari yargı adli yargı ayırımına; idari yargının ihtisaslaşmış bir yargı kolu olduğu gerçeğine uygun değildir. Diğer taraftan idarenin neden olduğu zararlarda sorumluluğun belirlenmesinde Türk Borçlar Kanunu uygulanamaz. Zira idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak idari yargı tarafından “özel” sorumluluk ilkeleri geliştirilmiştir.

Bu teklif, AYİM'in görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasanın 157 nci maddesine de aykırıdır. Ayrıca yargılama usulünün önemli ilkeleri bakımından ve zarara neden olan sorumlu kamu görevlilerine rücu konusunda sorun yaratacak niteliktedir. Dahası Anayasa Mahkemesinin daha önceki içtihatlarındaki gerekçelere

* Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi,
Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Araştırma Görevlileri.

aykırı olan bu Teklif, Anayasa Mahkemesi kararlarının ve gerekçelerinin yasama organı açısından bağlayıcılığı ilkesi ile de uyumlu değildir.

Anahtar Kelimeler: İnsan zararı, İhtisas yargısı, re'sen araştırma, hizmet kusuru, rücu.

A CRITICAL REVIEW OF CODE PROPOSAL CONCERNING THE ESTABLISHMENT AND DUTIES OF THE COURT OF HUMAN DAMAGES

ABSTRACT

This paper is prepared to reflect legal opinion of Gazi University Law Faculty regarding bill of law dated december 2013 Concerning the Establishment and Duties of the Court of Human Damages.

This bill of law is prepared with the aim of establishing the court of human damages mainly to hear cases arising from all sorts of administrative acts and actions including military ones together with cases relating to human damage that falls under the jurisdiction of civil courts.

Regarding this bill of law, the above-mentioned courts will be in the level of the civil court of first instance and provisions of the Code of Civil Procedure will be applied by these courts. Lawsuits seeking compensation for damages regarding partial or complete loss of the physical integrity or death will be examined by these courts.

In our opinion, this damage focused approach set out by the bill of law is not accurate. First of all, according to liability law, a distinction such as human damages and property damages cannot be made. Liability cannot be determined by the nature of the damage. Therefore, according to our view, this bill of law does not provide a solution for the current problems mainly caused by the procedure.

This new proposal is also not accurate in the light of constitutional distinction between civil jurisdiction and administrative jurisdiction. On the other hand, in determining the liability for damages caused by the administration, Turkish Code of Obligations cannot be applied. As regards to the liability of the administration, some "special" liability principles have been developed by the administrative courts.

This proposal is also contrary to article 157 of the Constitution that regulates duties and powers of the supreme military administrative court. Additionally, this new proposal seems to cause problems regarding the recourse to public officials responsible for causing harm and in respect of the key principles of the proceedings. Beyond being contrary to the grounds of previous jurisprudence of the Constitutional Court, it is also against constitutional principle that states the decisions of the Constitutional Court to be binding.

Keywords: Human damages, Speciality judgment, inquisitorial procedure, service fault, recourse.

I- GİRİŞ

Ankara Milletvekili Ahmet İYİMAYA tarafından 04.12.2013 tarihinde TBMM Başkanlığına İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş Ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi sunulmuştur.

İnsan zararlarından kaynaklanan tazminat davalarını görmek üzere ayrı bir “*ihtisas*” mahkemesi kurulmasını öngören kanun teklifine göre, askeri olanlar da dahil her türlü idari eylem ve işlemten kaynaklanan veya adli yargının görevine giren insan zararlarına ilişkin dava ve işleri görmek üzere ayrı mahkemeler kurulacaktır. Bu mahkemeler tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde olacaktır. İnsan zararları mahkemesi kurulamayan yerlerde bu kanun kapsamına giren dava ve işlerde HSYK tarafından belirlenen asliye hukuk mahkemeleri görev yapacaktır. İnsan zararları mahkemelerinde yargılama usulü, 6100 sayılı HMK olacaktır. Diğer zararlara ilişkin davalar, insan zararı davasında bekletici sorun oluşturmayacaktır.

Bu çalışmada Kanun teklifi ve teklifin dayandığı gerekçelere ilişkin bir değerlendirme yapılarak konuya ilişkin eleştirilerimize yer verilmiştir.

II- GEREKÇEYE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELERİMİZ

1- TEKLİFLE GETİRİLEN DÜZENLEME “SALT” ZARAR VE ZARAR MİKTARININ BELİRLENMESİ ODAKLIDIR

Teklifte “**İnsan zararı**” “*bizatihi insanın varlığını veya vücudunu yitirmesinden doğan zarardır. Birincisi; ölüme, ikincisi; sakatlanmaya işaret eder. Keza birincisi yaşama hakkının, ikincisi sağlık hakkının ihlali olarak ortaya çıkar. Ölüm, destekten yoksun kalma (maddi) tazminatını, öbürü, iş görmezlik tazminatını, ayrıca her ikisi manevi tazminatı doğurur*” şeklinde tanımlanmakta ve insan zararları kategorisinin, gerek zararın türü, gerekse zarar görenler açısından ayrı bir tip ve grup oluşturduğu iddia edilmektedir.

Yine söz konusu teklifle idari-adli yargı ayrımı dikkate alınmaksızın kaynağı ne olursa olsun insan zararından kaynaklanan bütün tazminat davaları aynı mahkemeye ve yargılama usulüne tabi tutulmaktadır.

Anayasa Mahkemesine göre de “*Anayasa’da idarî ve adlî yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayrım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tâbi olacaktır. Buna bağlı olarak idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî*

yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir¹. Yüksek mahkemeye göre uyuşmazlığın hangi yargı kolunda görüleceğinin belirlenmesinde o işlem ya da eylemin “*idare hukuku esasları*”na göre tesis edilip edilmediği önemlidir².

Sadece zararın tanımlanması ve zarar miktarının belirlenmesine yönelik bu yaklaşım son derece yanlış ve tehlikelidir.

Evet zarar, sorumluluk kavramının merkez unsurudur. Bu bakımdan zarar unsurunun, sorumluluğun kusur, fiil ve illiyet bağı unsurlarını etkileyip dönüştürebileceği –kusursuz sorumluluk örneğinde olduğu gibi- açıktır. Ancak zarar unsurunun merkezî konumu, fiil ve illiyet bağı unsurlarının “*yok sayılması*” anlamına gelmez. Zira bu unsurlar görmezden gelinerek yalnızca zararın niteliğine odaklanılması, sorumluluk teorisini alt üst edecek ve bu kavramın hukuk düzeninde ifa ettiği diğer önemli fonksiyonları ortadan kaldıracaktır.

Sorumluluk, “*zarar*”a indirgenemeyeceği gibi, sorumluluğa hükmedilirken hangi esaslara dayanılacağı da yalnızca zararın “*türü*”ne göre belirlenemez. Zarara kimin, hangi şartlar içerisinde sebep olduğu, bazen zararın türünden daha önemli olabilir. Bu bakımdan bir kişinin sokak kavgası esnasında öldürülmesi ile bir gösteri yürüyüşü esnasında polis tarafından, bizzat “*devlet eliyle*” öldürülmesi arasında toplumsal açıdan çok büyük fark vardır. Her ne kadar her iki olayda da netice “bir insanın hayatını kaybetmesi” olsa da, bu zarardan kimin hangi şartlar altında sorumlu tutulacağı meselesi “*aynı mahkemede, aynı usullerle çözülemeyecek kadar*” karmaşıktır. Tam da bu sebeple Anayasa, adli yargının yanında idarî uyuşmazlıkları çözmekle görevli ayrı yargı düzenleri (idarî yargı ve askerî idarî yargı) öngörmüştür.

Dikkate alınması gereken tazminat hukuku değil; sorumluluk hukukudur.

Zarar söz konusu olduğunda bunun yargılanmasında zarar miktarının belirlenmesi yargılamanın konularından sadece birini oluşturur.

Yargı organı önüne taşınmış bir zararın tespiti noktasında yargı organının asıl yaptığı sorumlunun tespit edilmesidir. Ortaya çıkan bir zararın yargı organı önüne gitmesindeki amaç da bu zarardan asıl, kimin ne oranda sorumlu olduğunun tespitidir.

¹ Anayasa Mahkemesi’nin 01.03.2006 tarih E. 2005/108 ve K. 2006/35 sayılı kararı (22.07.2006 tarihli Resmî Gazete).

² Aynı karar.

O halde insan zararları da dahil her tür zararın tespiti ve tazminata hükmedilmesi bakımından yargı organının işi sorumlunun tespitidir. Zarar miktarının belirlenmesi bu zarardan sorumlu olanın tespiti halinde mümkündür.

Bu çerçevede “*tıp ve grup*” oluşturmak gerekirse her halde bu tip ve grubun sorumluluk esaslarının birbirinden tamamen farklı olduğu devlet ve kişi ayrımı yapılarak “*devlet tarafından verilen zararlar*” “*özel hukuk kişileri tarafından verilen zararlar*” şeklinde olması gerekir.

2- GEREKÇEDEKİ ÖRNEK TİP VE GRUPLANDIRMALAR YANILTICI OLUP EKSİK BİLGİYE DAYANMAKTADIR

Gerekçede gruplandırmanın öneminden bahsedilerek örnekler verilmek suretiyle “kira hukuku”, “tüketici hukuku” gibi ihtisas dallarından bahsedilmektedir.

Kira hukuku akdi bir hukuk dalıdır. Hukuki ilişkinin esasları yapılan akitde düzenlenir. Nitekim bu alandaki özel Kanun (Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun) yeni Türk Borçlar Kanunu ile yürürlükten kalkmış; kiraya ilişkin “*yedek hukuk kuralı*” niteliğindeki kurallara Türk Borçlar Kanunu’nda yer verilmiştir.

Buna karşılık devletin kiralayan ya da kiracı olmasına ilişkin esaslar bir İdare Hukuku mevzuatı olan 2886 sayılı **Devlet İhale Kanunu**’nda, 4046 sayılı **Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun**’da, 2007 tarihli **Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik**’te ve diğer mevzuatta düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle özel hukuk kişilerinin kiracı ya da kiralayan olması halinde sözleşmenin yapılmasına ilişkin usul başka bir hukuk rejimine (Türk Borçlar Kanunu); idarenin kiracı ya da kiralayan olması halinde sözleşmenin yapılmasına ilişkin usulleri ise başka bir hukuk rejimine (İdare Hukuku) tabidir. Kira konusunda idarenin özel hukuk kişilerinden farklı bir hukuki rejime tabi olmasının nedeni ise malların idareye ait olması ve kamu malı niteliğidir. Bu çerçevede idarenin taraf olduğu kira ilişkilerinde sözleşme imzalanana kadar ortaya çıkan her uyuşmazlık idari uyuşmazlık olup; idare hukuku hükümleri uygulanarak idari yargıda çözülmektedir.

Tüketici hukuku örneği de sağlıklı ve isabetli bir örnek değildir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun’un çeşitli maddelerinde düzenlenen ilkelere aykırılığı 77 nci maddesinde yaptırıma bağlamış ve pek çok ihlal için idari para cezaları öngörmüştür. Bilindiği üzere idari para cezalarına karşı itiraz yolu 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 27 nci maddesinde “*İdari*

para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir” şeklinde düzenlenmektedir. Normal şartlarda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a göre verilen idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine itiraz yolu olması gerekirken yasa koyucunun “*özel*” iradesi ve konunun idare hukuku ile ilgisi nedeniyle 502 sayılı Kanun’un 78 inci maddesinde “*Bu Kanun hükümlerine göre verilen idari yaptırım kararlarına karşı 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idari yargı yoluna başvurulabilir*” hükmü getirilmiştir. Başka bir ifadeyle 6502 sayılı Kanun’da yaptırım gereken bir ihlalin denetimi sulh ceza mahkemesine değil; “*özel görev*” ile idari yargı hâkimine bırakılmıştır.

Görüldüğü gibi gerekçe olarak ortaya konulan örnekler dahi söz konusu alanlarda idare hukuku ve idari yargının ne denli önemli bir fonksiyon ifa ettiğini; üstelik yasa koyucunun “*özel iradesi*” ile bu görevi yerine getirdiğini açıkça göstermektedir.

Diğer taraftan sağlıklı değerlendirmelerle yapılmayan tip ve gruplandırmalarla getirilmek istenen ihtisaslaşma, yargılama faaliyetini kolaylaştırmak yerine daha da içinden çıkılmaz bir hale sokacak ve hak kayıplarına neden olacaktır. Yalnızca “*zararın niteliği*” üzerine inşa edilen “*insan zararları*” kategorisi, bu bakımdan kanun teklifinde örnek gösterilen “*kira hukuku*” ve “*tüketici hukuku*”ndan çok daha sığ ve üzerinde düşünülmemiş bir “*tip yaratma girişimi*”nden öte bir şey değildir.

3- SORUMLULUK HUKUKUNDA, SORUMLULUĞUN ESASI BAKIMINDAN İNSAN ZARARI – EŞYA ZARARI AYRIMI YAPILAMAZ

İnsan zararı – eşya zararı ayırımı yapıp; insan zararının “*ikame bir insan hakkı*” olduğunu ifade etmek, temel hak ve özgürlükleri sadece kişi hak ve özgürlükleri ile sınırlayan ilkel bir yaklaşımdır. Mülkiyet bir insan hakkı değil midir? Çalışma hakkı bir insan hakkı değil midir? Anayasanın siyasi haklar ve ödevler, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler başlığı altında düzenlenen haklar insan hakları olarak nitelendirilmeyecek midir?

Kaldı ki idarenin aynı fiili ile ortaya çıkan “*destekten yoksun kalma zararı*” ile “*eşya zararı*” veya “*mahrum kalınan kâr*” sorumluluğun esasının belirlenmesinde hangi gerekçe ile farklı esaslara tabi tutulacaktır?

İnsan hakları literatüründe “*ikame insan hakkı*” şeklinde bir kavram bulunmamaktadır. Bu bağlamda olsa olsa “*yaşam hakkı*”ndan, “*adil yargılanma hakkı*”ndan veya insana verilen zararların hakkaniyete uygun bir şekilde tazmin edilmesinden bahsedilebilir. Yani evrensel insan hakları açısından mühim olan, insan zararları için ayrı bir mahkeme kurulması değil; kişinin maddî ve manevî bütünlüğüne zarar verilmemesi (yaşam hakkı), verildiği takdirde ise bu zararın adil bir yargılama neticesinde tazmin edilmesidir (adil yargılanma hakkı). Hâl böyle iken yargı düzenleri arasında görev ve yetki karmaşasına yol açacak, usûl ekonomisine aykırı sonuçlar doğuracak ve yargı ayrılığı sistemi içerisinde kökleşen sorumluluk esaslarını alt üst edecek böyle bir uygulamanın insan haklarını korumak bir yana adil yargılanma hakkını ve hak arama hürriyetini zedeleyeceği ortadadır. Yalnızca vücut bütünlüğüne ilişkin zararlar değil, her türlü zararı temel insan haklarıyla “*bir şekilde*” ilişkilendirmek mümkündür. Eğer kanun teklifinin gerekçesinde yürütülen analogi makul olsaydı, başka bir temel insan hakkı olan mülkiyet hakkını öne sürerek “*malvarlığı zararları mahkemesi*” kurmak da mümkün olmalıydı.

4- SORUMLULUK, ZARARIN MAHİYETİNE GÖRE BELİRLENEMEZ

Gerekçede gemi kazasında (çatmada) yitirilen “*göz*” ile iş kazasında yitirilen “*göz*” arasında bir fark olabilir mi? Trafik kazasında yitirilen “*can/insan*” ile patlamada ölen “*can/insan*” arasında bir fark olabilir mi? diye sorulmakta; ölüm ve cismani zararların, kendilerini doğuran olayların hukuki niteliklerine göre değil, bizatihi zararların mahiyetlerine göre ayrı bir grup oluşturdukları iddia edilmektedir.

Evet karakolda işkence sonucu ölen bir kişi ile eski kocası tarafından işkence ile öldürülen kadının uğradığı zarar farklı değildir. Ancak burada zaten sorun bu zararın belirlenmesi ve tespitinde değil; bu zarardan kimin ya da kimlerin sorumlu olacağına tespitidir. Kadını işkence yaparak öldüren bellidir. Bu kişiyi haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu tutabilirsiniz. Karakolda işkence eden polis de bellidir. Peki, bu poliste mi haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaktır? Bu polisi kim göreve almıştır? Neden doğru bir eğitim verilmemiştir? Neden denetlenmemektedir? Karakolda neden hiç kimse bu olaya müdahale etmemiştir? Bu konuda görevli ve yetkili olan diğer kamu görevlilerinin hiç mi sorumluluğu yoktur? O polis kamu görevlisi olmasa böyle bir zarar meydana gelir mi? Bu olayda devletin hiç mi sorumluluğu yoktur? Başka kamu görevlilerinin ve genel olarak devletin sorumluluğu haksız fiil hükümlerine göre nasıl belirlenecektir?

Görüldüğü gibi sorun, zararın belirlenmesi ve tazminat miktarının hesabı değil; başka bir ifadeyle sorun tazminat hukuku değil; sorumluluk hukukudur, sorumlunun kim ya da kimler olacağıdır.

5- USULE İLİŞKİN SORUNLARIN ÇÖZÜMÜ BU YASA TEKLİFİ DEĞİLDİR

Gerekçede çeşitli haksız fiillere farklı zamanaşımı süreleri uygulandığı ileri sürülerek Yasa teklifinin bu hususta çözüm olduğu ileri sürülmektedir.

Diğer taraftan gerekçede “*idari eylemde yitirilen göz zararı için. -yerine göre- altmış gün, bir yıl, beş yıl*” zamanaşımı süreleri olduğundan bahsedilmektedir. Bu ifade yasal gerçeği yansıtmamaktadır. Her şeyden önce bir idari eylem nedeniyle uğranılan zararlarda (bedeni ya da mali bütün zararlarda) altmış günlük bir zamanaşımı süresi bulunmamaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 13 üncü maddesine göre “*İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir*”.

Madde gayet açıktır: İdari eylem nedeniyle zarar görenler, zararın idare tarafından gerçekleştiğini öğrenmelerinden itibaren bir yıl ve her halde (zamanaşımı süresi) eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde idareye başvurarak zararın giderilmesini isteyebilir. Dava bu başvurudan da sonra, bu talep uygun görülmez ya da idare altmış gün içinde cevap vermezse açılır. Üstelik; 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname’nin “*İdari uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli ve vazgeçme yetkileri*” başlıklı 12 nci maddesinde yer alan “*İdari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerce, idari dava açmadan önce 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak kabul edilir ve bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde incelenir*” hükmü ile alternatif uyuşmazlık çözüm yolu da benimsenmiştir.

“İdarî yargının insan zararları bakımından uygulayacak somut norma sahip olmadığı”, genel gerekçede belirtilen başka bir husustur. Gerçekten de idarenin sorumluluk esasını tespit etme konusunda idarî yargı, Anayasa’nın 125 inci maddesi dışında herhangi bir mevzuat hükmüyle bağlı değildir. Ancak bu durum, insan zararlarının tazmini bakımından davacıların aleyhine değil, bilâkis lehine bir durum yaratmaktadır. Sahip olduğu geniş içtihat alanı sayesinde Fransız ve Türk idarî yargısı, nesnel ve anonim bir hizmet kusuru teorisi inşa etmiş ve idareyi özel hukuktaki “adam çalıştırmanın sorumluluğu”ndan çok daha geniş bir “kusurlu sorumluluk çerçevesi” içine sokmuştur. Ayrıca idarî yargı yerleri, özel hukukta oldukça sınırlı bir şekilde uygulanan kusursuz sorumluluk teorisini neredeyse kusurlu sorumlulukla aynı sıklıkta uygulamaya muvaffak olmuş, bu kapsamda “risk ilkesi”, “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi” ve hatta “sosyal risk ilkesi” gibi özgün prensipler geliştirmiştir. Hatta kanun teklifinde “dezavantaj” gibi sunulan bu “içtihat alanı” sayesinde idare, 90’lı yıllarda terör eylemleri sonucu uğranılan büyük zararlardan –illiyet bağı dahi aranmadan- sorumlu tutulabilmiştir³. Eğer bu kanun teklifi bahsedilen dönemde getirilmiş ve yasalaşmış olsaydı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve özel hukuk esaslarının uygulanacağı bir insan zararları mahkemesinde idare sorumlu tutulamayacak ve mağdurlar, uğradıkları zararı “nerede oldukları bile bilinemeyen” fâillerden talep etmek zorunda bırakılacaktı.

6- İDARENİN NEDEN OLDUĞU ZARARLARDA SORUMLULUĞUN BELİRLENMESİNDE TÜRK BORÇLAR KANUNU UYGULANAMAZ

Gerekçede “Türk Borçlar Kanunu m. 53, 54, 26 (Borçlar Kanunu m. 45, 46, 47) hükümleri, sorumluluğa yol açan olayın hukuki niteliklerinden bağımsız olarak, tüm insan zararlarında uygulanan ortak hükümler mahiyetindedir. Yapılacak olan, bu ortak hükümleri, zaman aşımında olacağı gibi hak ekseninde diğer alanlara da yasama teşmilinden ibarettir” denilmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki söz konusu hükümler haksız fiil ile ilgili hükümlerdir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 55 inci maddenin son fıkrasında “bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır” hükmü bulunmaktadır. Ancak bu maddeyi

³ İdarî yargı yerlerinin söz konusu içtihatları için bkz. ÇITAK Halim Alperen, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi**, Ankara 2014.

idarenin neden olduğu zararlar nedeniyle idareye karşı adli yargıda haksız fiil hükümlerine göre dava açılır şeklinde anlamak ve teklifin gerekçesi yapmak, maddeyi doğru okumamak demektir.

Bir kere söz konusu hüküm, “zararın belirlenmesi” ile ilgili olup, sorumluluğun belirlenmesi ile hiç bir ilgisi bulunmamaktadır. Nitekim maddede açıkça “idarenin sorumlu olduğu” davalardan bahsedilerek eğer idarenin sorumlu olduğu tespiti yapılmışsa tazminat miktarının belirlenmesinde bu hükmün uygulanacağı belirtilmektedir. O halde bu hüküm, idarî yargı yerlerini yalnızca tazminat miktarının hesaplanması bakımından bağlamakta, sorumluluk esasının kamu hukuku kurallarına göre kurulmasına engel teşkil etmemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de yakın tarihte aynı yönde bir karar vermiştir:

*“İtiraz konusu kural, Kanun’un ölüm ve bedensel zararlara ilişkin tazminatın nasıl hesaplanacağını düzenleyen 55. maddesinde yer almaktadır. Kuralla, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların belirlenmesinde yargı kolları arasında ortaya çıkan farklı uygulamaların önüne geçilmesinin amaçlandığı dikkate alındığında, **Borçlar Kanunu’na yapılan atfın sadece zarar miktarının belirlenmesine ilişkin hükümlerle sınırlı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Kuralın, idarenin sorumluluk esasları yönünden de Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılması söz konusu değildir. Buna göre, idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu, itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi vargı icihatlarıyla oluşturulan kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirlenecek, uğranılan zararın miktarı ise itiraz konusu kural uyarınca Borçlar Kanunu hükümlerine göre hesaplanacaktır.**”⁴*

Diğer taraftan aslında bu hükümle (Türk Borçlar kanunu m. 55/2) teklif sahibinin gerekçede murad ettiği hususlar zaten gerçekleşmektedir. Yani idari yargı hâkimi idare hukuku ilkeleri uyarınca idarenin sorumluluğunu belirledikten sonra, aynı hukuk hâkimi gibi zarar miktarını ve tazminatı belirlemekte; dolayısıyla zarar miktarının belirlenmesinde adli yargıdan farklı bir husus gerçekleşmemektedir.

⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 22.10.2014 tarih E. 2014/94 ve K. 2014/160 sayılı kararı (04.03.2015 tarihli Resmî Gazete).

Bu anlamda idari yargı hâkimi ile hukuk hâkimi arasında bir ayırım mı yapılmak istenmektedir? Ya da tazminatı idari yargı hâkimi belirleyemez, ancak hukuk hâkimi belirleyebilir mi denilmek istenmektedir?

İdarenin sorumluluğu haksız fiil hükümlerine göre değil; hizmet kusuru adı verilen ve idari yargı tarafından geliştirilen ilkeye göre belirlenir. Dolayısıyla uyuşmazlıklarda özel hukuk hükümlerini uygulamakla yükümlü hukuk hâkiminin idarenin sorumluluğunu belirleme yetki ve ihtisası bulunmamaktadır.

7- ADLİ YARGI İÇİNDE İNSAN ZARARLARI MAHKEMESİ ADI İLE BİR İHTİSAS MAHKEMESİ OLAMAZ

Gerekçede yargı kolu ile ihtisas mahkemeleri birbirine karıştırılmış; adli yargı içindeki özel görevli mahkemeler örnek verilmek suretiyle yasa koyucunun, insan zararlarında farklı bir ihtisas mahkemesi oluşturabileceği ileri sürülmüştür.

Öncelikle belirtmek gerekir ki eğer böyle bir ihtisas mahkemesine ihtiyaç varsa ve hangi yargı kolu içinde olacağı hususunda anayasal bir engel olmadığı düşünülüyorsa insan zararları mahkemesi neden idari yargı içinde değil de adli yargı içinde düşünülmektedir? İdari yargıda da vergi mahkemesi gibi bir ihtisas mahkemesi yok mudur? Üstelik teklif sahibi gerekçede ısrarla insan zararının, ikame bir “*insan hakkı*” olduğunu iddia etmekte; bu zararların, ekonomik değere dönüşmüş “*nev’ema birer insan hakkı*” olduğunu belirtmekte ve “*İnsan Zararları İhtisas Mahkemesinin Kurulması*”, en azından bir “*insan hakkı*” zaruretidir demektedir.

İnsan hakları hukukunun bir kamu hukuku branşı olduğu; devletin insan hakları ihlallerinin idari yargıda dava konusu edildiği açıktır. O halde insan hakkı ile doğrudan ilgili olduğu iddia edilen insan zararları ihtisas mahkemesinin de idari yargı içinde olmasında daha doğal ve daha doğru bir şey olamaz.

Gerekçede Tüketici Mahkemeleri, Aile Mahkemeleri, Çocuk Mahkemeleri, İş Mahkemeleri gibi mahkemelerden örnekler verilmektedir. Bu ihtisas mahkemeleri görevli oldukları uyuşmazlıklarda hukuki ilişkinin niteliği ve/veya taraflarının hukuki statüleri dikkate alınarak özel görevle görevlendirilmişlerdir. Aile mahkemesi aile fertleri arasındaki aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkları⁵, tüketici mahkemesi tüketici ile satıcı arasındaki

⁵ 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 1:

uyuşmazlıkları⁶; iş mahkemeleri işçi işveren uyuşmazlıklarını⁷ çözmek, çocuk mahkemeleri de çocukların ceza yargılamasını⁸ yapmak üzere kurulmuştur. O halde özel görev ilkesi bakımından uyuşmazlığın sonucu değil; uyuşmazlığın niteliği ve tarafları önem arz etmektedir.

Uyuşmazlığın sonucuna göre bir ihtisaslaşma olacaksa o zaman ayrıca bir eşya zararları mahkemesi mi kurulacaktır?

III- TEKLİFE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMEMİZ

1- TEKLİF, ANAYASAMIZA GÖRE ÜLKEMİZDE VAR OLAN İDARİ YARGI ADLİ YARGI AYRIMINA; İDARİ YARGININ İHTİSASLAŞMIŞ BİR YARGI KOLU OLDUĞU GERÇEĞİNE UYGUN DEĞİLDİR

Anayasa'nın 125 inci maddesinin birinci fıkrasında, "*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*"; 140 ıncı maddesinin birinci fıkrasında, "*Hakimler ve savcılar adli ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar*"; 142 nci maddesinde "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir*"; 155 inci maddesinin birinci fıkrasında da, "*Danıştay, idarî mahkemelerce verilen kanunun başka bir idarî yargı mercisine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar*"; 157 nci maddesinin birinci fıkrasında "*Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir*" ve 158 inci maddesinde "*Uyuşmazlık Mahkemesi adli, idarî ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlenmeye yetkilidir*" hükmü yer almakta; 159 uncu maddesinde de HSYK'nın "*üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı*

"Bu Kanun, aile hukukundan doğan dava ve işleri görmek üzere kurulan aile mahkemelerine dair hükümleri kapsar".

⁶ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 2: "Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar"

⁷ 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m 1: "İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle (o kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya iş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur".

⁸ 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m 26: "Çocuk mahkemesi, asliye ceza mahkemesi ile sulh ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından, suçta sürüklenen çocuklar hakkında açılacak davalara bakar."

gerektiren nitelikleri yitirmemiş **idarî yargı hâkim ve savcılar arasında idarî yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçil(eceği)**” belirtilmektedir.

Anayasamızda yer alan bu hükümlerden hareketle, ülkemizde, idari yargının hem organik olarak, hem de fonksiyonel olarak adli yargıdan ayrı, bağımsız bir yargı kolu olduğu kabul edilmektedir.

Anayasa Mahkemesine göre de;

*“Tarihsel gelişimine paralel olarak Anayasa’da **adli ve idarî yargı ayırımına** gidilmiş, kimi maddelerinde bu ayırma ilişkin kurallar yer almıştır. Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, ‘idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır’ denilmekte olup, maddenin diğer fıkraları da idari yargı sisteminde geçerli olan ilkeleri belirlemektedir. İdari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlaması, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verme yasağı, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşullar, yürütmenin durdurulması kararına getirilebilecek sınırlamalar ve idarenin verdiği zararı ödeme yükümlülüğü, ağırlıklı olarak adli yargı sistemi için değil, idarî yargı sistemi için geçerli olan temel ilkelerdir. Öte yandan, Anayasa’nın 140. maddesinin birinci fıkrasında, ‘Hakimler ve savcılar adli ve idarî yargı hâkim ve savcılar olarak görev yaparlar’; 142. maddesinde ‘Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir’; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, ‘Danıştay, idarî mahkemelerce verilen kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciüdür. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar’ biçimindeki kurallara yer verilmesi idarî-adli yargı ayrılığının kurumsallaştığının kanıtıdır. Bu düzenlemeler gereği idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Buna göre, kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi olacaktır. Anayasa’nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen idarî-adli yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir”⁹.*

⁹ Anayasa Mahkemesinin 04.10.2006 tarih E. 2006/75 ve K. 2006/99 sayılı kararı. Ayrıca

Yukarıda da belirtildiği üzere bu ayırım salt organik bir ayırım olmayıp; aynı zamanda fonksiyonel (görevsel) bir ayırımdır. Bu nedenle yasama organının adli yargının görev alanına girmesi gereken bir işi idari yargının, idari yargının görev alanına girmesi gereken bir işi de adli yargının görev alanı içine alması; “açık” bir anayasal yasak bulunmamakla birlikte, hukuken mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu hususu şu şekilde vurgulamıştır:

“... adli ve idari yargı yolu ayrımı, uyumsuzluklara uygulanan kurallardan değil, anlaşmazlığın kaynaklandığı esaslardaki ayrılıktan ileri gelmektedir. Bu nedenle, adli yargı alanındaki bir uyumsuzluğun idari yargı hâkimine, idari yargı alanındaki bir uyumsuzluğun adli yargı hâkimine gördürülmesi sonucunu doğuracak, savcılar da aynı biçimde, görevlendirmeye elverişli bir düzenleme Anayasa'nın öngördüğü yargı ayrılığı, ilkesiyle çelişecektir”¹⁰.

Anayasadaki bu hükümler ve Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda ülkemizde idare sistemi olarak idarî rejimin benimsendiği; bu çerçevede idari yargının ayrı bir yargı kolu olarak kabul edildiği açıktır.

Bilindiği üzere, Kıta Avrupası sistemi olarak da adlandırılan, kamu hizmetine, bireyler arası hukuki ilişkilere uygulanan özel hukuk hükümlerinden farklı usul ve esasları bulunan, diğer hukuk branşlarından bağımsız idare hukuku hükümlerinin uygulandığı idare ve idare hukuku sistemine **idari rejim** adı verilmektedir. Buna karşılık, sınırlı bir kamu hizmeti anlayışının bulunduğu, kamu hizmetleri için bireyler arası uygulanan genel hukuk kuralları dışında, bağımsız, kendine has ve özerk bir hukukun öngörülmediği İngiliz–Amerikan Sistemi olarak da adlandırılan idare ve idare hukuku sistemine ise **adli idare sistemi** denilmektedir¹¹.

İdari rejimde ayrıca, kamu gücü kullanma yetkisiyle donatılmış idarenin, bireylerle hukuki ilişkilerinde, kamu düzenini tesise yönelik faaliyetlerinde ve kamu hizmetlerinde özel hukuk hükümlerinden farklı esasları bulunan, bağımsız, kendine has ve özerk bir hukuk branşı olan idare hukuku hükümlerinin uygulanıyor olması nedeniyle, bu hukuki ilişki ve faaliyetlerde ortaya çıkacak uyumsuzlukları çözmekle görevli ve yetkili olan,

bkz. 08.10.2002 tarih E. 01/225 ve K. 02/88 sayılı kararı; 17.02.2004 tarih E. 2003/72 ve K. 2004/24 sayılı kararı, 04.10.2006 tarih E. 2006/75 ve K. 2006/99 sayılı kararı.

¹⁰ Anayasa Mahkemesinin 28.2.1989 tarih E. 1988/32 ve K. 1989/10 sayılı kararı. (22.06.1989 tarihli Resmi Gazete)

¹¹ AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Ankara 2014, s. 93 vd.

adli yargıdan bağımsız, uzmanlaşmış, ayrı bir yargı kolu, yani idari yargı kolu bulunmaktadır.

İdarenin taraf olduğu hukuki ilişkilerde ve idari faaliyetlerde genel hukuk kurallarının uygulandığı adli idare sisteminde ise idari uyuşmazlıklar için ayrı bir yargı kolu bulunmamakta, tek yargı sistemi idarenin taraf olduğu, olmadığı bütün hukuki uyuşmazlıklara bakmaktadır. Bu ayırıcı özellik dikkate alınarak idari rejime “**yargı ayrılığı sistemi**”, adli idare sistemine ise “**yargı birliği sistemi**” de denilmektedir. Yargı birliği sisteminde özel hukuk–kamu hukuku ayırımı yapılmadığı ve idare, kural olarak bireylerle ilişkilerinde üstün yetkilere sahip olmadığı için, farklı bir idare ve idari faaliyet anlayışı söz konusudur. Bu anlayış sebebiyle, çıkan ihtilaflara, ayrı hukuk kuralları değil; bireyler arası ilişkilere uygulanan genel hukuk kuralları tatbik edilmektedir.

Yargı birliği sisteminde idare, prensip olarak genel (tek) yargı sistemi içinde yer alan mahkemelerin kontrolüne tabidir. Bunun yanı sıra, uygulamadaki ihtiyaçlar sebebiyle belli meselelerde birtakım idari makamlara da yargısal yetkiler tanınmıştır. Bu anlamda bu sistemde de idarenin yargısal denetimi, bunu yerine getiren yargı yerleri, dolayısıyla da idari yargı vardır. Ancak bunlar ayrı bir yargı kolunu oluşturmamakta, tek yargı sistemi içinde yer almaktadırlar.

O halde Türkiye'nin de idare sistemi olan idari rejim, idarenin faaliyetinin idare hukukuna tabi olduğu, idari uyuşmazlıkların kural olarak adli yargıdan bağımsız idari yargıda görüldüğü ve idarenin tek yanlı, bağlayıcı kararlar alabildiği ve kararlarını kendi eliyle yürütebildiği bir sistemi ifade etmektedir ve sistemin en önemli özelliği adli yargıdan ayrı ve bağımsız bir yargı kolu olarak örgütlenen, idarenin hukuka uygunluğunu denetlemekle görevli, yetkili ve kendine has usul kurallarına sahip olan genel yetkili bir idari yargının varlığıdır. İdari rejimde ihtisaslaşmış olan idari mahkemeler, kendi usul kuralları çerçevesinde yargılama faaliyeti yapan ve uyuşmazlıkların çözümünde doğrudan idare hukuku kurallarını uygulayan, adalet mahkemelerinden ayrı, farklı bir yargı kolu içinde yer alan, bağımsız mahkemelerdir.

Günday'a göre de askeri idari yargının görev alanı Anayasal güvenceye kavuşturulmuşsa ondan daha genel nitelikte olan sivil idari yargının görev alanının Anayasal güvenceye kavuşturulmadığından söz edilemez¹².

¹² GÜNDAY Metin, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, Anayasa Yargısı, y. 1997, No. 14, s. 353.

Anayasa'nın 125. maddesi "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*" hükmünü taşımaktadır. Burada geçen "*yargı yolu açıktır*" ibaresinde, "*idari yargı*"dan değil genel olarak "*yargı*"dan bahsedilmektedir. Anayasa'da Danıştay'ın görevleri arasında "*davaları görmek*" ibaresine yer verilmiştir. Bu düzenlemelere dayanarak yasama organının idari uyumsuzlukları dilediği yargı düzenine bırakabileceği iddia edilebilir¹³. Ancak Anayasa'nın idari yargıya ilişkin yukarıda belirtilen maddeleri, bu maddelere ek olarak idari yargı yerlerinin görevlerini düzenleyen 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile Anayasa Mahkemesi kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde Anayasa'nın adli-idari yargı ayırımına yer verdiği tartışmasızdır.

Bu ayırım kapsamında idari yargı yerleri, idarenin kamu gücü kullanma yetkisiyle donatıldıkları idare işlevi içinde gerçekleştirdikleri işlem ve eylemler nedeniyle ortaya çıkan idari uyumsuzlukları, idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde çözmekle görevli ve yetkili ihtisaslaşmış yargı yerleridir. Doğal olarak idari yargı yerlerinde görülen davalar da bu ihtisaslaşmaya uygun olarak şekillenmiştir.

2577 Sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun "*idari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırları*" başlıklı 2 nci maddesinin b bendinde "*İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları*" idari dava türleri arasında sayılmıştır. Bu davaya "**Tam Yargı**" davası denilmesinin nedeni, sadece tazminat davaları ile sınırlı olmaması, istirdat davaları, sebepsiz zenginleşmeden doğan davalar da dahil idarenin eylem ve işlemleri ile neden olduğu her türlü hak ihlalinin giderilmesini sağlayan bir dava olmasıdır. Yani yasa koyucu bu dava türünü belirlerken, teklifte yapılanın aksine olaya sadece "zarar", üstelik sadece beden bütünlüğüne yönelik zararların giderilmesi şeklinde son derece sığ ve sınırlı bir yaklaşımla değil; çok daha bütüncül ve geniş bir yaklaşımla bakmış ve tam yargı davası bu şekilde ortaya çıkmıştır.

¹³ Ancak Anayasa Mahkemesine göre "*Anayasanın 114. maddesi (1982 Anayasası madde 125), idarenin eylem ve işlemi, hangi alanda olursa olsun, daha açık bir deyimle ister kamu hukuku, isterse özel hukuk alanına girsin, bunlara karşı yargı yolunun açık olacağını kesin olarak kuralla bağlamıştır. Anayasanın bu kuralla açık tuttuğu 'yargı yolu'nun kamu hukuku alanında idari yargı, özel hukuk alanında ise adli yargı olduğu bir açıklamayı gerektirmeyecek derecede belirgindir*". Anayasa Mahkemesinin 25.05.1976 tarih E. 1976/1 ve K. 1976/28 sayılı kararı.

Tam yargı davaları sayesinde idari eylem ve işlemlerden doğan vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin tam yargı davaları, idarenin mali sorumluluğuna ilişkin idare hukuku ilkeleri esas alınarak, bu konuda eğitilmiş ve deneyimli yargıçlar tarafından çözümlenir. Zira tam yargı davası, ihtisaslaşmış idari yargı yerine özgü bir davadır. Bir anlamda idari yargının da varlık nedenidir. Eğer bu davada idari yargı hâkiminin uzmanlığına güvenilmiyorsa, bu durum idari yargının varlık nedeninin sorgulanmasını gerektirir. İdari yargıya gerek var mı yok mu sorusu ise öncelikle kamu hizmeti anlayışı ve idare sistemi tercihi ve bir Anayasa meselesidir.

Bu çerçevede teklif ile idarenin eylemlerinden kaynaklanan insan zararlarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünün adli yargıya bırakılması ülkemizdeki adli yargı – idari yargı ayırımına; idari yargının bir ihtisas yargı kolu olarak teşekkülüne aykırıdır.

2- TEKLİF, ANAYASANIN 157 NCİ MADDESİNE AYKIRIDIR

Anayasa'nın 142. maddesinde mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Kanun teklifinin genel gerekçesinde bu hükmün yasama organına genel bir takdir yetkisi verdiğinden bahsedilmektedir. Anayasa'nın adli yargı - idari yargı ayırımını öngören sistematiği içerisinde düşünüldüğünde 142 nci maddedeki “*kanunla düzenlenir*” ibaresinin yasama organına her türlü uyuşmazlık bakımından uygulanabilecek derecede geniş bir takdir yetkisi tanımadığı ortadadır.

Hukuken kabulü mümkün olmamakla beraber yasamanın idari uyuşmazlıkları dilediği yargı düzenine bırakmakta takdir yetkisine sahip olduğu bir an için kabul edilse bile söz konusu Teklif, Askeri Yüksek İdare Mahkemesini düzenleyen Anayasa'nın 157 nci maddesine aykırı olacaktır. Zira Teklifin 3/1-b bendinde “*Askeri olanlar dahil, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden doğan*” ifadesine yer verilmektedir. Oysa Anayasa'nın 157 nci maddesinde açıkça “*Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir*” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm askerî idarî eylemlerden doğan uyuşmazlıklar bakımından başka bir yargı yerinin görevlendirilmesine açık bir anayasal engel oluşturmaktadır.

3- TEKLİF, YARGILAMA USULÜNÜN ÖNEMLİ İLKELERİ BAKIMINDAN SORUN YARATACAK NİTELİKTEDİR

Her ne kadar madde gerekçesinde “*insan zararları kendine has bir hukuki rejime tabi olmalı*” denilmiş olsa da idari eylem ve işlem den kaynaklanan zararların tazmini, medeni yargılama usulü kurallarına tabi tutularak aslında “*kendine has bir hukuki rejim*” (ayrı bir hukuki rejim) değil; özel hukuktaki sorumluluk hukuku rejimi benimsenmiştir. Eşit statüde olan özel hukuk kişileri arasındaki uyumsuzlukların tabi olduğu medeni yargılama usulü, idare ve kişi uyumsuzluklarında kişiye gereken hukuki korumayı sağlamaktan uzaktır. Bu durum, kamu yararına aykırı sonuçların doğmasına neden olabilir.

Yargılamanın etkinliği kaygısıyla konusu ve niteliğine göre bir bütünlük oluşturan iş ve uyumsuzluklar ayrılarak farklı yargılama usullerine tabi tutulmuşlar ve böylece yargı kolları oluşmuştur. Anayasadaki adil yargılanma hakkı, aleniyet, usul ekonomisi gibi ilkeler her yargılama usulünde hâkim olması gereken ilkeler olarak kabul edilmiş; buna karşılık her yargılama usulünün amacının, taraflarının, uyumsuzluk konularının farklı olduğu dikkate alınarak kendine özgü yargılama ilkeleri ve usul kuralları da oluşturulmuştur.

Medeni yargılama usulünde eşit hukuki konumda olan kişiler arasındaki uyumsuzlukların çözümü ve “*kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması*” esas iken, idari yargılama usulünde kamu gücü ve ayrıcalıklarından faydalanan idare ile kişi arasındaki uyumsuzlukların çözülmesi esastır ve idari yargılama usulünde kişilerdeki hak ve menfaatlerinin korunmasının yanında “*kamu yararının*” korunması da amaçlanır. Bu amaç ve nitelik farklılığı yargılama usulü kurallarına da yansımıştır.

A- RE'SEN ARAŞTIRMA VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ BAKIMINDAN

Kamu gücü kullanma ayrıcalıklarıyla donatılan, yaptığı eylem ve işlemler bakımından hukuka uygunluk karinesinden yararlanan, icrai hareket yetkisine sahip olan idare, birey karşısında “*görünüşte*” de olsa önemli bir üstünlüğe sahiptir. İdarenin sahip olduğu bu ayrıcalıklar, idareyi hukuka aykırı hareket etme konusunda cesaretlendirirken; bireyin hak ve özgürlük alanına müdahale konusunda da önemli bir risk oluşturmaktadır. İşte bu sebeple idarî yargı yerleri, re'sen araştırma yetkisi ile donatılmışlardır¹⁴. Yargılama

¹⁴ 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun “*Dosyaların İncelenmesi*” başlıklı 20. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki*

sürecinde mahkemeyi (yargııcı) aktif konuma getiren re'sen araştırma yetkisi, gerek güç, gerekse bilgi bakımından zayıf durumdaki davacıların (bireylerin) korunması amacına hizmet eden önemli bir araçtır.

Kişi ile idare arasındaki uyuşmazlıklar, idarenin kamu gücü ve ayrıcalıkları kullanarak gerçekleştirdiği bir idari eylem veya işlemde kaynaklanır. Uyuşmazlıkta idare, kişi karşısında çeşitli yönlerden üstün konumdadır. Oysa AİHS'nde ve Anayasa'da yer alan "**adil yargılanma hakkı**"nın unsurlarından biri olan "**silahların eşitliği ilkesi**" gereği yargılama usul kuralları öyle bir şekilde düzenlenmelidir ki yargılamanın tarafları arasında bir hukuki denge kurulsun. İşte idari yargılama usulünde benimsenmiş olan "**re'sen araştırma ilkesi**", yargılamanın tarafları arasında bu dengeyi; yani silahların eşitliğini sağlama işlevini yerine getirmektedir.

Silahların eşitliği ilkesi, yargılama sürecinde tarafların eşit fırsatlara sahip olmasını ve bir kimsenin hukuki veya maddi imkânsızlıklar sebebiyle kendisini mahkeme önünde temsil etmesindeki eksikliklerin önüne geçmeyi hedefler. Buna göre taraflar arasındaki maddi- hukuki bilgi eksiklikleri, eşit olmayan usul tecrübeleri, tek taraflı bilgi noksanlıkları, entelektüel yeteneksizlikleri nedeniyle oluşan eşitsizlikler giderilmelidir. Bu ilke gereği taraflar yargılama sırasında sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından eşit olmalı ve bu eşitlik yargılamada korunmalıdır.

Kanun teklifinin 4 üncü maddesi, insan zararları mahkemelerinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanacağını öngörmektedir. Bilindiği gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre yürütülen yargılamalarda (çekişmesiz yargı hariç) "**vakıa**" ve "**deliller**"in toplanmasında, re'sen araştırma değil, "**tarafarca hazırlama (yerine getirilme)**" ilkesi geçerlidir¹⁵. Genellikle liberal hukuk sistemlerinde benimsenen taraf egemenliği sistemi, davanın başında, tarafların her türlü dava malzemesine vakıf oldukları varsayımından hareketle kabul edilmiştir. Buna göre, hâkim, hakem konumundadır ve taraflar davanın başından itibaren tam ve eksiksiz olarak dava malzemelerini ortaya koyarak iddia ve savunma yapacaklardır.

kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir."

¹⁵ 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25 inci maddesine göre, "(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. (2) Kanunda belirtilen durumlar dışında hakim, kendiliğinden delil toplayamaz."

Medeni yargılama usulünde taraflar arasındaki farklılıklar, genellikle sosyal-eşitlik kapsamında giderilmeye çalışılır. Zira yargılamanın her iki tarafı da kurumsal ve hukuksal olarak eşit konumda yer alırlar. Tarafların arasında maddi eşitsizlikler söz konusudur. Bu da adli yardım gibi kurumlarla giderilmeye çalışılır. İdari yargılama usulünde ise davalı idare, hüküm için önem taşıyan dava malzemesine ulaşma, hukuk bilgisi ve dava yönetimi açısından davacıdan üstün konumdadır. Daha açık ifade etmek gerekirse, idari yargılama usulünde davalı idarenin bireyden üstünlüğünü üç noktada toplamak mümkündür: Birincisi idarenin dava malzemesine ulaşmasındaki kolaylık yani maddi açıdan bilgi kaynaklarını elinde bulundurması; ikincisi idarenin idari mevzuata hâkim olması ve davalarda avukatla temsil ediliyor olması ve üçüncüsü idarenin dava masrafları konusunda ekonomik rahatlığa sahip olmasıdır. Bu anlamda idari yargıda re'sen araştırma ilkesi, taraflar arasında eşitliği sağlamaya yönelik bir ilkedir.

İdari eylem ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde taraflarca hazırlama (yerine getirilme) ilkesinin uygulanması hem maddi gerçeğin bulunması hem de adil yargılanma hakkı açısından sorundur. Kişi idare hukukuna yabancı olduğundan, idari uyuşmazlıkların hukuki ve maddi boyutu hakkında yeteri kadar bilgi sahibi değildir. Re'sen araştırma ilkesinin kabul edilmemesi halinde davacı iddiasını ispat etmek konusunda güçlük çeker. Bu idari uyuşmazlıkların yapısından kaynaklanan bir sorundur.

İdari eylem veya işlemde kaynaklanan tazminat davalarına taraflarca hazırlama (yerine getirilme) ilkesinin uygulanması halinde davalı idare, savunmasını kendi durumunu kuvvetlendiren bilgi, belge ve delillerle rahatlıkla destekleyebilir. İdare her zaman kendisini avukatla temsil ettirebilir ve dava masrafları konusunda da endişe taşımaz. Bu halde yargılamada davacı - davalı dengesi kaybolur.

İdari yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesinin benimsenmiş olmasının en önemli sonucu, idari yargı yerlerinin dava talebiyle bağlı olmakla birlikte tarafların iddia ve savunmasından bağımsız olarak vakıa ve delilleri araştırmasıdır. Mahkeme her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan ve ilgili diğer yerlerden re'sen isteyebilir ve tanık ve yemin dışında diğer delillere başvurabilir. Taraflar talep etmese bile mahkeme re'sen bilirkişi ve keşif incelemesi yapılmasına karar verebilir ve bunların masrafları taraflarca karşılanmazsa Hazineden karşılanabilir.

Eğer teklif yasalışırsa bundan böyle bireyler, “*mobese kayıtları, telefon dinleme tapeleri, istihbarat bilgileri, hülasa gizli – gizli olmayan her tür bilgi*

- *belge sahibi*” idareyle “*eşit imkânlarla sahipmiş gibi*” yargılanacaklardır. Anayasa’nın “*hak arama hürriyeti*” başlıklı 36 ncı maddesi, adil yargılanma hakkını düzenlemektedir. Kanun teklifi, idarî uyuşmazlıklar bakımından idarî yargılama usûlünün sağladığı re’sen araştırma güvencesini ortadan kaldırdığı için adil yargılanma hakkına da aykırıdır.

B- İDARİ YARGILAMA USULÜNE HAS ÖZELLİKLER BAKIMINDAN

İdari yargılama usulünde “*re’sen araştırma ilkesi*” dışında davacının hak ve menfaatlerinin daha kolay korunmasını sağlayan başka usul kuralları da vardır. Örneğin; idari yargıda ilk inceleme aşamasında davacının davasını idari yargı kolu içinde görevsiz veya yetkisiz mahkemede açması halinde dava dosyası re’sen görevli ve yetkili mahkemeye gönderilir (İYUK m. 15/1-a). Davacı davayı hasım göstermeden veya yanlış hasım göstererek açmışsa dava dilekçesi mahkemece tespit edilecek gerçek hasma tebliğ edilir (m. 3/1-c). Davacının lehine getirilmiş olan bu kolaylıklar medeni yargılama usulünde yoktur.

İdari yargılama usulünde davacının iddiasını somutlaştırma yükü olmadığı gibi tarafların dava ve savunma dilekçelerinde bütün vakıaları belirtmek ve delilleri göstermek yükü de yoktur.

İdari yargılama usulünde tarafların sübjektif ispat yükünden de bahsedilemez. Tazminat davalarında, davacının idarenin faaliyeti ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi beklenir. Ancak bu özel hukuktaki gibi ağır ve katı bir yük değildir. Bilakis birkaç delil başlangıcının mahkemeye sunulması yeterlidir. Bazı hallerde mahkeme, idarenin faaliyeti dolayısıyla kusurlu olduğu karinesinden yola çıkabilir veya kusursuz sorumluluk ilkelerine dayanabilir.

Buna karşılık medeni yargılama usulünde davacı, dilekçesinde iddiasının dayanağı olan her bir vakıayı ve bunu nasıl ispat edileceğini bildirmelidir (m. 119/1-f). Varsa yazılı delillerini de mahkemeye sunmalıdır (m. 121). Mahkeme tarafların bildirmediği hiçbir vakıa ve delili kendiliğinden dikkate almaz. Taraflar kendi lehlerine olan hususları tek başlarına ispat ederler. Haksız fiilden kaynaklanan kusurlu sorumluluk halinde de Türk Borçlar Kanunu’nun 50 inci maddesine göre, “*Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır*”.

C- USUL EKONOMİSİ BAKIMINDAN

Anayasa'nın 141/4 hükmü, “*davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir*” demek suretiyle “*usul ekonomisi*” ilkesini öngörmekte ve bu kapsamda gereksiz yere dava açılmamasını, açılan davaların da en çabuk, basit ve ekonomik bir şekilde sonuçlandırılmasını emretmektedir. Söz konusu teklif yasalaştığı takdirde aynı idarî eylemden kaynaklanan zararlar için iki ayrı mahkemede iki ayrı dava açmak gerekebilecektir. Örneğin bir gösteri yürüyüşüne polis müdahalesi esnasında aracı zarar gören ve yaralanan bir vatandaş, aracı için idarî yargıda, kendisi için insan zararları mahkemesinde dava açmak zorunda kalacaktır. Aynı fiil nedeniyle aynı idarenin sorumluluğunun belirlenmesi bakımından aynı anda iki ayrı yargı düzeninde iki ayrı yargılamanın yapılacak olmasının anlamsızlığı bir yana; ayrı yargı kollarında ayrı yargılama usulleri ve ayrı sorumluluk esaslarının uygulanacak olması; dahası iki ayrı yargı kolu içindeki yargı yerlerinin farklı sonuçlara ulaşabilmesinin muhtemel olması karşısında böyle bir duruma yol açabilecek teklifin usul ekonomisi ilkesine de hukuk güvenliği ilkesine de aykırı olduğu açıktır.

Bu çerçevede, söz konusu teklifle insan zararları hukukunda “çok hukukluluk ve içtihat çatışması” önlenmek istenirken malvarlığı zararları için ayrı bir yargı kolunun görevli olması önlenmek istenen sonucu doğurmayacak mıdır?

Anayasa Mahkemesi de “*aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminata ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden ol(madığı)*” görüşündedir¹⁶.

4- TEKLİF, İDARENİN SORUMLULUĞU HUKUKUNA İLİŞKİN ESASLARLA BAĞDAŞMAMAKTADIR

Teklif göre adli yargı içinde yer alan ve yargılama usulü olarak 6100 sayılı HMK'yı uygulayacak olan insan zararları mahkemesinin; idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümlerini uygulayacağı açıktır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere aynı fiilin neden olduğu insan zararları ve eşya zararları bakımından, kurulması düşünülen insan zararları

¹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 16.02.2012 tarihli ve E. 2011/35, K. 2012/23 sayılı kararı (19.05.2012 tarihli Resmî Gazete).

mahkemesi, haksız fiil hükümlerine göre idarenin sorumluluğunu belirlemeye çalışırken; idari yargı, aynı olayda idarenin sorumluluğunu, hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk ilkeleri (risk ilkesi- fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi) çerçevesinde belirleyecektir. Başlı başına garabet olan bu durumdan daha vahimi, adli yargıda da olsa “*idare*” için haksız fiil sorumluluğunun söz konusu edilmesinin, imkânsız oluşudur.

Özel hukuktaki haksız fiilin karşılığı idare hukukunda hizmet kusuru olmakla birlikte ikisi birbirinden tamamen farklıdır.

İdare, tüzel kişilerden teşekkül etmesi sebebiyle birer gerçek kişi olan ajanları ve memurları vasıtasıyla idari faaliyette bulunur. Yani idari eylem ve işlemler aslında bizzat bu kamu görevlileri tarafından yerine getirilir. Dolayısıyla idari faaliyet neticesi oluşan ve idarenin sorumluluğuna yol açan kusur, aslında idari faaliyeti ifa eden kamu görevlilerinin bizzat işledikleri kusurlardır. Fakat idarenin kuruluşunda, işleyişinde ya da teşkilatlanmasındaki noksanlık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik veya sakatlıktan; kısacası, idarenin kusurundan bahsedilirken, bu kusuru işleyen kamu görevlisinin belirlenmesi mümkün ve/veya gerekli değildir. Yine idari kusurun söz konusu olduğu durumlarda, idarenin kusurunun belli bir kamu görevlisinin eseri olduğunun belirlenmeye çalışılması; başka bir deyişle idarenin kusurunun kişiselleştirilmesi doğru da değildir. İşte, bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında veya sebebiyle, idarenin belli bir kamu görevlisine atf ve izafe edilmesi mümkün bir kişisel kusur dolayısıyla ortaya çıkmış olmayan; kamu hizmetinin bizzat kuruluş, işleyiş ve teşkilatlanmasındaki aksaklık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik ve sakatlık şeklinde karşımıza çıkan kusura, hizmet kusuru adı verilir.

İdarenin mali sorumluluğunun dayanağı ve hukuki sorumluluğunun esası olan hizmet kusuru, “*nesnel*” niteliklidir. Hizmet kusuru, haksız fiilde bireyler için söz konusu olan; kin, garez, husumet gibi insani dürtülerle işlenen ya da ihmal, dikkatsizlik, tedbirsizlik gibi beşeri zaafarla ortaya çıkan sübjektif mahiyette bir kusur değildir. Hizmet kusuru, kusur sorumluluğu denilince akla gelen haksız fiilin unsuru olan kusurdan farklı, “*bağımsız*”, “*özerk*” bir kavramdır¹⁷. Hizmetin, hizmeti gören ya da görmekle yükümlü olan “*idarenin kusurudur*”; idare için “*aslen*” sorumluluğa yol açan bir kusurdur. Bu nedenle de kamu hukuku alanında karşımıza çıkan “*idare hukukuna özgü*” bir kusurdur¹⁸.

¹⁷ RIVERO Jean/WALINE Marcel, *Droit Administratif*, 18. Ed., Paris 2000, s. 278.

¹⁸ Ancak idarenin idari esas ve usuller dışında yaptığı eylemler “haksız fiil” niteliğinde olup, idari karakter taşımayan bu eylemlerden dolayı ancak adli yargıda dava açılabilir. İdarenin

Hizmet kusuru idarenin kusuru olduğu için kişiselleştirilemeyen ya da kişiselleştirilmesi gerekmeyen “**kişilik dışı**” bir kusurdur. Beşeri bir kusur olarak karşımıza çıkmadığı için, aslında idari faaliyetin beşeri unsurunu oluşturan kamu görevlilerinin davranışlarından kaynaklanmasına rağmen, belli bir kamu görevlisine (veya kamu görevlilerine) atıf ve izafe olunamayan ya da atıf ve izafe olunması gerekmeyen “**anonim**” bir kusur türüdür.

İdarenin sorumluluğu hukukunda, kamu hizmetlerini yürüten kamu görevlilerinin kişisel kusurları da haksız fiil niteliğinde değildir¹⁹.

Kişisel kusur kavramı da idare hukukuna özgü bir kavramdır. Kamu görevlisinin, kamu hizmetinin yürütülmesinde yetkilerini kullanırken, görevini yerine getirirken; görevle ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemesi; resmi sıfatını, hizmet araç-gereçlerini kullanarak, hizmet dışı bir faaliyette bulunması; kin, nefret, husumet gibi duygularla ya da siyasi saiklerle hareket ederek hizmetten yararlananlara zarar vermesi “*kişisel kusur*” dur. Kişisel kusurun özelliği, kamu hizmet ve faaliyetiyle, daha doğrusu kamu görevlisinin göreviyle, yetkileriyle, hizmet araç ve gereçleriyle ve resmi sıfatıyla herhangi bir ilgisi bulunan davranışların neticesinde ortaya çıkmasıdır.

İdare kamu görevlisinin kişisel kusuru ile verdiği zararlardan da “**aslen**” sorumludur. Bu sorumluluk, “*üstlenilen*” bir sorumluluk olmadığı gibi, “*dolaylı*” bir sorumluluk da değildir. Başka bir ifadeyle kamu görevlisinin kişisel kusur ile verdiği zararlardan sorumlu olan idare, kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunu üstlenmemekte; kamu görevlisinin kusurlu davranışı dolayısıyla sorumlu olmamaktadır. Kamu görevlisinin kişisel kusuru doğrudan idarenin kusurudur. Yani kişisel kusurun varlığı halinde dahi idare kendi kusuru nedeniyle aslen sorumludur. Bu sebeple son dönemde kamu görevlilerinin kişisel kusurları, idare açısından aynı zamanda “**hizmet kusuru**” olarak nitelendirilmektedir²⁰.

kamu hukuku kuralına, yasa, tüzük, yönetmelik gibi bir kural, işlem veya idari bir işleme ya da bir yargı kararına dayanmadan “*haksız fiil*” niteliğinde eylemde bulunması, mahkeme içtihatları ve doktrinde “**fiili yol**” olarak nitelendirilmektedir. D10D, 23.11.1993, E 92/3686, K 93/4601, DD, sy. 89, s. 586.

¹⁹ Kamu görevlisinin görevinden, yetkilerinden, hizmet araç ve gereçlerinden, resmi sıfatından “tam ve mutlak surette” ayrılmış olan eylemlerin neticesi ortaya çıkan; başka bir ifadeyle kamu görevlisinin yerine getirmekle görevli olduğu kamu görev ve faaliyetleri ile herhangi bir ilgisi olmayan ve “*herhangi bir kimse*” olarak yaptığı kusurlu davranışlarla verdiği zararlar sebebiyle sorumluluğu yine herhangi bir şahıs olarak, Borçlar Kanunu’nun haksız fiil hükümlerine tabidir.

²⁰ D10D, 11.06.1996, E 96/4313, K 96/3477, DD, sy. 92, s. 761.

Sosyal hukuk devleti anlayışının gelişmeye başlaması ile birlikte, kamu hizmetlerinin tür ve sayısındaki artışa bağlı olarak, Devletin sorumluluğunun esaslarında da değişiklikler olmuştur. Günümüzde artık Devlet, kusurlu olmasa da faaliyetlerinden doğan zararlardan sorumlu kabul edilmektedir. Bu durum, Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında yer alan "**idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür**" hükmünün gereğidir. **İdare hukukunda kusursuz sorumluluk hali, özel hukukta olduğu gibi istisna olmayıp, en az kusur sorumluluğu kadar yaygın ve önemlidir.**

İdarenin kusursuz sorumluluğunun dayandığı ilkelerden birisi, risk (tehlike, hasar) ilkesidir. İdari faaliyetin kendisi veya faaliyete tahsis edilen kamu emlakı ya da hizmet araç-gereçleri nitelikleri itibariyle bünyelerinde tehlike barındırmakta ve hem kamu görevlileri hem de hizmetten yararlanan bireyler için risk taşımaktadırlar. İşte bu ilke genel olarak bazı faaliyetlerin, bünyesinde taşıdığı tehlikeler dolayısıyla kişilere zarar vermiş olması halinde, bu faaliyet sahibinin kusuruna bakılmaksızın, meydana gelen zarardan sorumlu olması düşüncesine dayanır²¹.

Diğer bir kusursuz sorumluluk ilkesi idari yargı içtihadı ile gelişen kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesidir. İdarenin faaliyeti bazı hallerde, kamu yararı uğruna, bir kişiye veya küçük bir topluluğa zarar verebilir. Kamu yararına yapılan bir faaliyetle bazı bireyler, toplumun geri kalan kısmının uğramadığı bir zarara uğrarlar. Bu durumda, onların aleyhine, kamu külfetleri karşısında bireyler arasındaki eşitlik bozulmuş olur. Eşitsizlik bir kamu hizmetinin yürütülmesi sebebiyle ortaya çıkmakta ve bu hizmetten bütün toplum veya belirli bir bölge halkı yararlanırken, belli kişi veya kişiler özel ve olağandışı bir zarar görmekte ise, zararın o hizmetten yararlanan topluluk tarafından tazmini gerekir. Bu çerçevede idare, kamu yararına yaptığı faaliyet ile kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulması halinde ortaya çıkan belli, doğrudan, özel ve olağanüstü zararı kusursuz sorumluluk çerçevesinde ödemekle yükümlüdür²².

Görüldüğü üzere zaman içinde ihtisaslaşmış idari yargı yerlerince geliştirilmiş ve tamamen idare hukukuna has sorumluluk ilkelerinin yer aldığı bir idarenin sorumluluğu hukuku bulunmaktadır. Bu anlamda yüz yılı aşkın sürede içtihatla gelişmiş idarenin sorumluluğuna ilişkin ilke ve esasları idarenin neden olduğu insan zararları bakımından yok saymak kabul edilebilir

²¹ ULUSAN, İlhan, "*Tehlike Sorumluluğu Üstüne*", MHAD, y. 4, 1970, sy. 6, s. 55.

²² RİVERO/WALİNE, s. 285; OSSENBUHL, Fritz, *Staatshaftungsrecht*, 4. Aufl., München 1991, 113–114.

olmadığı gibi; bu ilke ve esasların haksız fiil sorumluluğu ile örtüşmediği dikkate alındığında, adli yargı yerlerinde sorumluluğun belirlenmesinde önemli sorunlar yaşanacağı açıktır.

5- TEKLİF, ZARARA NEDEN OLAN SORUMLU KAMU GÖREVLİLERİNE RÜCU KONUSUNDA SORUN YARATACAKTIR

Yukarıda da belirtildiği üzere aynı idari eylem nedeniyle uğranılan insan zararları için adli yargı yerinin; eşya zararları için idari yargının uyuşmazlığı çözecek olması ve adli yargının sorumluluğun belirlenmesinde haksız fiil hükümlerini uygulayacak; idari yargının da idarenin sorumluluğu hukukuna ilişkin ilke ve esasları uygulayacak olması zararı tazmin eden idarenin sorumlu kamu görevlisine rücu konusunda farklı ve haksız uygulamalara neden olabilecektir.

Bir kere idarenin eylemi nedeniyle uğranılan insan zararlarında haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğu belirleyecek olan adli yargı hâkimi, tazminata hükmetmek için her halde beşeri bir kusur (belli bir ya da daha fazla kamu görevlisi kusuru) tespit etmek zorundadır. Bu durumda insan zararı nedeniyle idarenin tazminata mahkûm edildiği her durumda (zarar aslında idarenin hizmet kusuru nedeniyle gerçekleşmiş dahi olsa) kusurları tespit edilen memur ya da memurlara rücu edilmek zorundadır. Oysa aynı eylem nedeniyle eşya zararları bakımından idari yargı yerine idareyi doğrudan hizmet kusuru nedeniyle tazminata mahkûm etmiş olabilir. Anayasanın 40/2 ve 129/5 hükmü ile 657 sayılı Yasa'nın 13 üncü maddesinde kamu görevlisinin rücu sorumluluğunu gerektiren kusurun kişisel kusur olduğu düşünüldüğünde, kamu görevlisinin kişisel kusurunun olmadığı (bu tespit yapılmadığı) idarenin salt hizmet kusuru nedeniyle ödediği bir tazminatın kamu gideri ile ilgisi bulunmayan bir ödeme olarak nitelendirilmesi ve dolayısıyla kamu görevlilerine rücu edilmesi gereken bir kamu zararı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Hizmet kusuru – kişisel kusur ayırımı yapmadan, haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğa hükmedecek olan adli yargı yerlerinin idareyi tazminata mahkûm etmeleri durumunda rücu hangi esasa göre olacaktır? İdarenin tazminata mahkûm olduğu her olayda rücu söz konusu olacak mıdır? Yoksa dava idareye karşı açıldığı için rücu hiç mi söz konusu edilmeyecektir? Teklifte bu sorulara cevap bulmak mümkün değildir.

6- TEKLİF, ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ VE GEREKÇELERİNİN YASAMA ORGANI AÇISINDAN BAĞLAYICILIĞI İLKESİNE AYKIRIDIR

Yukarıda da belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında Anayasamıza göre ülkemizde idari yargı ve adli yargı kolunun birbirinden ayrı olduğunu ve bir uyuşmazlığın herhangi bir yargı kolunun görevine alınması hususunda yasama organının geniş bir takdir yetkisine sahip olmadığını vurgulamıştır.

Örneğin 3446 sayılı “2992 Sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesi, 2802 Sayılı Hâkim ve Savcılar Kanunu ile 3221 Sayılı Hakim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 2 nci maddesi ile adli ve idari yargı hakim ve savcılarının karşılıklı olarak nakledilebilmelerini mümkün kılan hükmünü iptal eden Anayasa Mahkemesi kararın gerekçesinde şu hususlara vurgu yapmıştır²³:

“Adli ve idarî yargı ayrımı benimsenince onun gereklerine de uymak zorunluluğundan kaçınılamaz. Anayasa’nın ‘Yargı yolu’ başlıklı 125. maddesinin birinci fıkrasındaki ‘İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.’ hükmüyle başlayıp yukarıda ele alınan maddelerin hükümleriyle tamamlanan yargısal düzenlemeler adli-idarî yargı ayrılığının kurumlaştığının kanıtlarıdır. Adli ve idarî yargı yolu ayrımı, uyuşmazlıklara uygulanan kurallardan değil, anlaşmazlığın kaynaklandığı esaslardaki ayrılıktan ileri gelmektedir. Bu nedenle adli-yargı alanındaki bir uyuşmazlığın idarî yargı Hâkimine, idarî yargı alanındaki bir uyuşmazlığın da adli yargı Hâkimine gördürülmesi sonucunu doğuracak, savcıları da aynı bicimde görevlendirmeye elverişli bir düzenleme Anayasa’nın öngördüğü yargı ayrılığı ilkesiyle celisecektir”.

5326 Sayılı Kabahatler Kanunu’nun 3 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasını da Anayasaya aykırı bulan Anayasa Mahkemesi iptal kararını şu gerekçeye dayandırmaktadır²⁴:

²³ Anayasa Mahkemesinin 28.2.1989 tarih E. 1988/32 ve K. 1989/10 sayılı kararı. (22.06.1989 tarihli Resmî Gazete).

²⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 01.03.2006 tarih ve E. 2005/108, K. 2006/35 sayılı kararı (22.07.2006 tarihli Resmî Gazete).

“Anayasa’da idarî ve adli yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayırım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tâbi olacaktır. Buna bağlı olarak idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir.

Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir.

Bu durumda, itiraz konusu kuralla diğer yasalardaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usûl ve esasların değiştirilmesi, Anayasa’nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır”

Aslında bu kanun teklifi ile kurulmak istenen insan zararları mahkemesi; hemen hemen aynı şekilde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önceki 3 üncü maddesinde hüküm altına alınmıştır:

“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”.

Görüldüğü üzere bu kanun teklifi, daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından birçok haklı gerekçeyle iptal edilmiş bir kanun hükmünün “**başka**

isim altında” tekrarından başka bir şey değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bu maddeyi de Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir²⁵:

“Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa’da adli ve idari yargı ayırımına gidilmiş ve idari uyumsuzlukların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda idari yargının görev alanına giren bir uyumsuzluğun çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyumsuzluğun çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir.

Dava konusu kuralla, sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen maddi zararlar ile buna bağlı manevi zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların tazmini konusu kapsama alınmakta ve bu tazminat davalarına bakma görevi asliye hukuk mahkemelerine verilmektedir. Buna göre, aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından, sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davaları idari yargıda görülmeye devam edecek, bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi yargılamamanın bütünlüğünü bozacaktır. Ayrıca iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Esasen idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. İdare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkündür. Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır. İdarenin idare

²⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 16.02.2012 tarihli ve E. 2011/35, K. 2012/23 sayılı kararı (19.05.2012 tarihli Resmî Gazete).

hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idarî yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez.”

Anayasanın 153 üncü maddesinin son fıkrasına göre “Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar”. Maddenin lafzından anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi kararları, yasama organını da bağlamaktadır.

Burada cevaplanması gereken soru ise; Anayasa mahkemesinin iptal ettiği bir kanun veya kanun maddesinin yasama organınca tekrar düzenlenebilip düzenlenemeyeceğidir?

Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili bir kararında;

*“teknik ve içerik bakımından benzerlik, iptal edilen yasa ile yeniden çıkarılan yasanın sözcüğü sözcüğüne aynı olması anlamına gelmez. Çünkü böyle bir anlayış 153. Maddenin son fıkrasındaki kuralı anlamsız ve uygulanmaz kılar. **Konu ve kapsam bakımından sözcüklerde farklılıklar olsa bile, ikinci yasanın aynı amaç doğrultusunda Anayasa Mahkemesi kararına karşı onu etkisiz kılmak amacıyla çıkarıldığının saptanması aranan koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir**”²⁶.*

diyerek daha önce Anayasa mahkemesince iptal edilen bir konuda tekrar düzenleme yapılamayacağı ve düzenlemenin sözcükler farklı olsa bile amacının önceki düzenleme ile aynı olmasını, iptal için yeterli görmüştür.

Yine Yüksek Mahkeme bir başka kararında bu konudaki görüşünü net bir şekilde ifade etmiştir:

“yasama organı, yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmamak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak

²⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 29.01.1992 tarihli ve E 1991/27, K 1991/50 numaralı kararı (29.01.1991 tarihli Resmî Gazete).

yükümlülüğündedir. Başta yasama organı olmak üzere tüm organlar kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Kararlar gerekçeleriyle, yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle, yasama organı düzenlemelerde bulunurken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmaya zorundadır²⁷

Bu çerçevede daha önce Anayasa Mahkemesince iptal edilen hükmün esaslı bir değişiklik yapılmadan benzer bir içerikle ayrı bir Kanun olarak teklif edilmesi en hafifinden etik bir davranış değildir.

İNSAN ZARARLARI MAHKEMELERİNİN KURULUŞ VE GÖREVLERİNE DAİR KANUN TEKLİFİ²⁸

Amaç ve kapsam

MADDE 1- (1) Bu Kanunun amacı, insan zararları mahkemelerinin kuruluş, görev ve yargılama usullerini düzenlemektir.

(2) Bu Kanun, askeri olanlar da dâhil her türlü idari işlem, eylem ve diğer sebeplerden kaynaklananlar ile adli yargının görev alanına giren insan zararlarına ilişkin dava ve işleri görmek üzere görevlendirilen mahkemelere dair hükümleri kapsar.

İnsan zararları mahkemelerinin kuruluşu

MADDE 2- (1) İnsan zararları mahkemeleri, Adalet Bakanlığınca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak her ilde ve merkez nüfusu yüzbinin üzerindeki her ilçede, tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde olmak üzere kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi, kurulduğu il ve ilçenin mülkî sınırlarıyla belirlenir. Ancak yargı çevresi, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca değiştirilebilir.

Büyükşehir belediyesi bulunan illerde, büyükşehir belediyesi sınırları içindeki mahkemelerin yargı çevresi, il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir,

²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 19.01.2002 tarihli ve E 2001/9, K 2001/56 sayılı kararı (19.01.2002 tarihli Resmî Gazete).

²⁸ Ankara Milletvekili Ahmet İYİMAYA tarafından 04.12.2013 tarihinde TBMM Başkanlığına kanun teklifi olarak sunulmuştur.

Gerektiğinde, birinci fıkradaki usule göre bir yerdeki insan zararları mahkemesinin birden çok dairesi kurulabilir. Bu durumda daireler numaralandırılır. İnsan zararları mahkemesi kurulamayan yerlerde bu Kanun kapsamına giren dava ve işlere, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesince bakılır.

İnsan zararları mahkemelerinin görevleri

MADDE 3- (1) İnsan zararları mahkemeleri;

a) İlgili kanunlar gereğince adli yargıda görülen,

b) Askeri olanlar dahil, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden doğan,

vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin dava ve işlere bakar.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen haller dışında kalan aynı nevi zararlar hakkında dahi bu madde hükmü uygulanır.

İnsan zararını doğuran olayla ilgili diğer zararlara ilişkin davalar, insan zararı davasında bekletici sorun oluşturmaz

Usul hükümleri

MADDE 4- (1) İnsan zararları mahkemelerinde, 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.

GEÇİCİ MADDE 1- (1) İnsan zararları mahkemelerinin faaliyete geçtiği tarihe kadar açılmış olan davaların görülmesine buldukları mahkemelerde devam olunur. İnsan Zararları Mahkemeleri bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç 2 (iki) yıl içinde kurulur ve faaliyete geçer.

GEÇİCİ MADDE 2- (1) Diğer Kanunların bu kanuna aykırı hükümleri, bu Kanunun yönettiği anlaşmazlık ve davalarda uygulanmaz.

MADDE 5- (1) Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 6- (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.