

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

İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU
BAĞLAMINDA SOSYAL RİSK İLKESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
HALİM ALPEREN ÇITAK

Tez Danışmanı
PROF. DR. BAHTİYAR AKYILMAZ

Ankara-2013

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

İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU
BAĞLAMINDA SOSYAL RİSK İLKESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

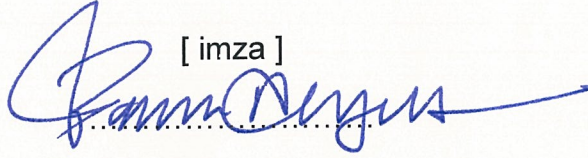
Hazırlayan
HALİM ALPEREN ÇITAK

Tez Danışmanı
PROF. DR. BAHTİYAR AKYILMAZ

Ankara-2013

ONAY

Halim Alperen ÇITAK tarafından hazırlanan "İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi" başlıklı bu çalışma 17.09.2013 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

[imza]


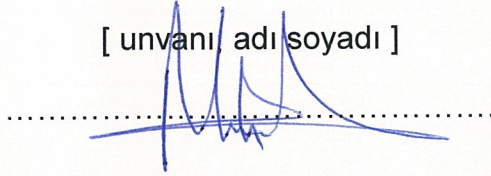
[unvanı, adı soyadı] (başkan)

Prof. Dr. Bektiyar AKYILMAZ

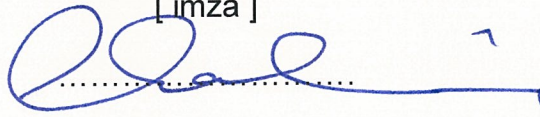
[imza]

Prof. Dr. Murat SEZGİNER

[unvanı, adı soyadı]



[imza]



[unvanı, adı soyadı]

Prof. Dr. Cümhur SAHİN

ÖZET

ÇITAK, Halim Alperen. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013.

Her geçen gün daha karmaşık hâle gelen sosyal hayat, kişilerin yalnızca toplumun bir bireyi olmak itibariyle ağır ve infial uyandırıcı zararlara maruz kalma ihtimalini artırmaktadır. Görünürdeki sebebi idare olmayan bu zararların devlet tarafından karşılanmasını öngören sosyal risk ilkesi, Fransa’da “risklerin sosyalizasyonu” başlığı altında değerlendirilen ve yasal düzenlemelere dayanak teşkil eden bir yaklaşımı ifade etmektedir.

Türk uygulamasına 90’lı yılların başında giren sosyal risk ilkesi, terör zararları bakımından bağımsız ve içtihadî bir sorumluluk esası olarak kullanılmıştır. 2004 yılında çıkarılan 5233 sayılı Kanun, terör zararlarının devlet tarafından karşılanmasını öngörmüştür. Türk idarî yargı yerleri bu düzenlemeden sonra sosyal risk ilkesine dayanmaktan vazgeçmiştir. Bu durum, sosyal risk ilkesinin artık geçerliliğini yitirdiği biçiminde yorumlanmaktadır.

Kitle hareketleri ve tabîî âfetler konusunda Türkiye’de henüz kapsayıcı bir yasal düzenleme yoktur. Ayrıca 21. yüzyılda yeni sosyal risk faktörlerinin ortaya çıkması da kuvvetle muhtemeldir. Ayrıca 5233 sayılı Kanun, terör eylemlerinden kaynaklanan zararların tamamını kapsamamaktadır. Bu sebeple çalışmamızda sosyal risk zararlarının yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmadan, doğrudan doğruya yargısal içtihatlar vasıtasıyla karşılanmasının mümkün olup olmadığı incelenmiş, sorumluluk unsurları bakımından yeni yaklaşımlar önerilmiştir.

Anahtar Kelimeler

1- Hizmet kusuru

2- Kusursuz sorumluluk

3- Sosyal risk

4- İlliyet bağı

5- Terör

ABSTRACT

ÇITAK, Halim Alperen. Principle of Social Risk within the Context of Faultless Liability of Administration.

Social life, which is getting more complicated day by day, has increased the possibility of people to be exposed to grave and extraordinary damages just because they are the members of the society. These damages such as terrorism, mass actions and natural disasters arouse indignation and cannot be directly attached to administration. Principle of social risk, suggesting such damages should be compensated by the State, constitutes a theoretical basis for legal regulations in France.

Principle of social risk which was carried into Turkish practice in the beginning of 1990s was applied as an independent judicial basis for liability arising from terrorism acts on a case by case basis because there was not any legal regulation. Law No. 5233 which was enacted in 2004 provided for that the damages caused by terrorism would be compensated by the State. After the enactment of this law Turkish administrative courts changed their rule in regard to principle of social risk.

There is still not a general and inclusive law in regard to mass actions, natural disasters and other potential social risks in Turkey. Moreover, Law No. 5233 does not cover all of the damages originating from terrorism. Therefore, in my thesis, it is considered whether Turkish courts still have a chance to create an original approach which will enable all of the damages originated from social risks to be compensated just by court practices and also new approaches in respect of liability are advised.

Key Words

1- Fault-based liability (faute de service)

2- Faultless liability (responsabilité sans faute)

3- Social risk

4- Causal connection

5- Terror

ÖNSÖZ

Zarar, tazminat hukukunun “lokomotif” kavramıdır. Zira kronolojik olarak evvelâ hakkaniyet duygusunu inciten bir zarar türü ortaya çıkar. Daha sonra tür zararların nasıl ve hangi şartlar dâhilinde giderileceği üzerinde “kafa yorularak” hukukî yaklaşımlar geliştirilir. Sanayi İnkılâbı’nın ardından günlük hayatımıza giren özel ve olağandışı zararların, kusur merkezli klâsik sorumluluk anlayışının sınırlarını zorlayarak kusursuz sorumluluk teorisine yol vermesi, bu açıdan örneklik değerine sahiptir.

Geçtiğimiz asrın ikinci yarısından beri yaşanan gelişmeler, “bireysel” ile “toplumsal” arasındaki sınırı bulanıklaştırmış ve fertlerin yalnızca “toplumun bir üyesi” olmak itibarıyla ağır, yaygın ve infial uyandırıcı zararlara uğrama ihtimalini artırmıştır. Sosyal risk ilkesi (yahut risklerin sosyalizasyonu); tabîî âfetler, kitle hareketleri ve terör gibi “zahiri” sebeplerden ötürü idareyle doğrudan illiyet bağı kurulamayan ve / fakat temel idarî faaliyetlerin alanı içerisinde meydana gelen bu zararların mağdurlar üzerinde bırakılmayıp devlet tarafından karşılanmasını amaçlayan görece yeni bir yaklaşımdır.

Yaşadığımız ilk on üç yıllık zaman dilimi, 21. asrın mevcut sosyal riskleri derinleştirme ve yeni sosyal risk alanları yaratma potansiyeline sahip olduğunu göstermiştir. Bu durum, sosyal risk ilkesinin, ayakları yere basan bir biçimde tekrar ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu zorunluluğun tetiklediği bu çalışma, “risklerin sosyalizasyonu” meselesini idare hukukuna özgü toplumsal realitelerden hareketle yeniden inşa etmeye yönelik bir “ilk adım” olarak görülebilir.

Çalışmam esnasında hiçbir yardımı esirgemeyen tez danışmanım Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz’a, diğer muhterem hocalarım ve asistan arkadaşlarıma, haftalar süren kütüphane mesaisinde yardımcı olan öğrencim Hakan Arslan’a, desteklerinden ötürü değerli arkadaşlarım Nihâl Zemheri ve Umay Genç’e, bursiyeri olduğum TÜBİTAK’a ve hayattaki varlık sebebim canım aileme en samimî teşekkürlerimi sunuyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	II
İÇİNDEKİLER	IV
KISALTMALAR	VII
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
GENEL OLARAK İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU	4
I. İDARENİN SORUMLULUĞUNA GENEL BAKIŞ	4
A. Sorumluluk Kavramı ve Türleri.....	4
B. İdarenin Sorumluluğu Fikrinin Ortaya Çıkışı.....	6
C. İdarenin Sorumluluğunun Türleri.....	9
1. Kusurlu Sorumluluk.....	9
a. Hizmet Kusuru Kavramı.....	10
b. Hizmet Kusurunun Özellikleri.....	11
c. Hizmet Kusuru Sayılan Hâller	13
d. Kişisel Kusur Kavramı ve Hizmet Kusuruyla İlişkisi	15
2. Kusursuz Sorumluluk	17
II. İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU	17
A. KUSURSUZ SORUMLULUK KAVRAMI	18
1. Kusursuz Sorumluluğu Gerektiren Olgular.....	18
2. Kusursuz Sorumluluğun Esası	20
B. ÖZEL HUKUKTA KUSURSUZ SORUMLULUK.....	24
C. İDARE HUKUKUNDA KUSURSUZ SORUMLULUK.....	28
1. İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Özellikleri.....	29
2. Kusursuz Sorumluluk İlkeleri.....	32
a. Risk İlkesi	35
b. Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi.....	40
3. İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Unsurları.....	43
a. İdarî Davranış	44
b. Zarar	45
c. İliyet Bağı	46
İKİNCİ BÖLÜM	
SOSYAL RİSK İLKESİNİN ANLAMI VE MAHİYETİ	48
I. SOSYAL RİSK İLKESİNİN ANLAMI	48

A. “SOSYAL RİSK” KAVRAMI	48
B. İDARE HUKUKU KAVRAMI OLARAK “SOSYAL RİSK İLKESİ”	50
1. İlkenin Teorik Zemini ve Ortaya Çıkışı	50
2. Sosyal Risk İlkesinin Ayırt Edici Özellikleri	55
a. Zararla İdare Arasında Doğrudan Bir İliyet Bağı Kurulamaması	55
b. Zarara İdare Tarafından Önlenmesi Beklenen Ancak Önlenemeyen Tehlikelerin Sebep Olması	56
c. Zararın Toplumsal Hayatın Kaçınılmaz Bir Sonucu Olması	57
II. SOSYAL RİSK İLKESİ VE SORUMLULUK UNSURLARI	58
A. FİİL	58
B. KUSUR	59
C. ZARAR	62
D. İLLİYET BAĞI	67
III. İDARENİN SORUMLULUĞUNU ETKİLEYEN DURUMLAR VE SOSYAL RİSK İLKESİ	76
A. MÜCBİR SEBEP	76
B. BEKLENMEYEN HÂL	80
C. ZARARA UĞRAYANIN DAVRANIŞI	83
D. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN DAVRANIŞI	85
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
UYGULAMADA SOSYAL RİSK İLKESİ	89
I. TABİÎ ÂFETLER	89
A. FRANSIZ HUKUKUNDA DURUM	90
B. TÜRK HUKUKUNDA DURUM	93
II. KİTLE HAREKETLERİ	99
A. FRANSIZ HUKUKUNDA DURUM	101
B. TÜRK HUKUKUNDA DURUM	102
III. TERÖR OLAYLARI	110
A. FRANSIZ HUKUKUNDA DURUM	112
B. TÜRK HUKUKUNDA DURUM	114
1. 1990 Öncesi Dönem	115
2. 1990-2004 Arası Dönem	116
3. AYİM’in Yaklaşımı	119
IV. 5233 SAYILI KANUN	123
A. KANUNUN AMACI	125

B. KANUNUN KAPSAMI	126
C. KANUNA GÖRE TAZMİN PROSEDÜRÜ	132
D. KANUNUN SOSYAL RİSK İLKESİYLE İLİŞKİSİ	135
SONUÇ	138
KAYNAKÇA	141

KISALTMALAR

AB. Avrupa Birliği

AİHM. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AÜHFD. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜSBFD. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

AYM. Anayasa Mahkemesi

AYMKD. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

AYİM. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi

AYİMD. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi

bkz. bakınız

CE. Conseil d'Etat

D. Daire

DD. Danıştay Dergisi

DEÜHFD. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

DİDDGK. Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu

dn. dipnot

E. Esas

EÜHFD. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GÜHFD. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

IMF. Uluslararası Para Fonu

İHİD. İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

İÜHFM. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İYUK. İdarî Yargılama Usûlü Kanunu

K. Karar

m. madde

no. numara

RDCE. Recueil des Décisions de Conseil d'Etat

RG. Resmî Gazete

s. sayfa

SÜHFD. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

TAAD. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBBD. Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TDK. Türk Dil Kurumu

UM. Uyuşmazlık Mahkemesi

vb. ve benzeri

vd. ve devamı

vol. volume (cilt)

GİRİŞ

*“Kenâr-ı Dicle'de bir kurt aşırta bir koyunu,
Gelir de adl-i ilâhî sorar Ömer'den onu!”
(Mehmed Âkif)*

Şahsın maddî ve manevî varlığını etkileyen “zarar” olgusu, toplumun adalet ve hakkaniyet ihtiyacını tetiklemek bakımından sorumluluğun “kurucu” ve “dönüştürücü” unsurudur. Bu bakımdan mevcut anlayışları zorlayan yeni zarar türlerinin, sorumluluk hukukunu er ya da geç “esneteceğini” söylemek mümkündür. Yüzyıllar boyunca yegâne sorumluluk esası olarak görülen “kusur” ilkesinin yanına, teknolojik gelişmelerin getirdiği yeni zarar türlerinin tazyikiyle “kusursuz sorumluluk” esasının da eklenmesi, işaret edilen durumun en somut örneğidir.

Bireyleri birkaç on kişilik klan üyeliğinden milyonluk metropol sâkinliğine “terfi” ettiren toplumsallık eğilimi, vergi ve asker toplamak dışında “görünmez” olan klâsik devleti, günlük hayatın her alanında aktif bir şekilde işleyen, vatandaşını özne kabul ederek ona karşı geniş yükümlülükler üstlenen modern devlete dönüştürmüştür. “Bireysel” ile “toplumsal” olanın tefrikini gittikçe zorlaştıran bu gelişim çizgisi, kişilerin, hiçbir kusurları olmasa bile, sırf toplumun bir üyesi olmak itibarıyla ağır, yaygın ve infial uyandırıcı zararlara maruz kalma tehlikesini artırmıştır. Tabii âfetler, kitle hareketleri ve terör gibi olgulardan kaynaklanan ve görünürdeki sebebi idare olmayan bu zararlar, “risklerin sosyalleştirilmesi” meselesinin ve “sosyal risk” ilkesinin zeminini oluşturmaktadır.

Geçtiğimiz yıllarda ve bu satırların kaleme alınmasından çok kısa bir süre önce yaşanan önemli hâdiseler, 21. asrın “yeni sosyal risk alanları yaratma” ve “mevcut sosyal riskleri derinleştirme” potansiyelini ortaya koymuştur. Bu potansiyel, önümüzdeki on yıllarda idarenin sorumluluğu fikrinin –köken aldığı toplumsal realite ve tarihî sürecin bir gereği olarak- özel hukuktaki klâsik sorumluluk anlayışından “biraz daha” bağımsızlaşmasını ve kendine has yeni yaklaşımlar geliştirmesini zarurî kılacaktır. Okuyacağınız çalışma, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların

Karşılanması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra güncelliğini yitirdiği düşünülen sosyal risk ilkesini, özgün ve içtihadî bir sorumluluk esası hâlinde tekrar inşa ederek Türk uygulamasına sunmayı ve bu vesileyle gelecekte belirmesi mukadder bir ihtiyaca şimdiden dikkat çekmeyi amaçlamaktadır.

Türk uygulamasında sosyal risk ilkesi, ekseriyetle “kusursuz sorumluluğun illiyet bağı aranmayan istisnai bir türü” olarak algılanmaktadır. Ayrıca kusursuz sorumluluk teorisi, somut ihtiyaçların hukukî yaklaşımları biçimlendirme kabiliyeti bakımından ciddî bir örneklik değerine sahiptir. Bu bakımdan çalışmanın ilk bölümünde, idarenin sorumluluğu fikri, mevcut durumu ve genel hatlarıyla ele alındıktan sonra kusursuz sorumluluğu temellendiren görüşlere yer verilecek ve bu sorumluluk türünün özel hukukta ve bilhassa idare hukukunda nasıl bir uygulama alanı bulduğu açıklanacaktır.

Sosyal risk ilkesinin anlamı, mahiyeti ve teorik boyutunun inceleneceği ikinci bölümde evvelâ “sosyal risk” ifadesinin sosyal güvenlik ve sosyal politika disiplinlerinde kazandığı anlamlar izah edilecek, daha sonra bir idare hukuku kavramı olarak “sosyal risk ilkesi”nin ne mânâya geldiği, hangi teorik zemine oturduğu ve Türk - Fransız uygulamasında el'an nasıl anlaşıldığı ortaya konacaktır. “Sosyal risk ilkesinin özellikleri” başlığı altında mevcut sorumluluk anlayışını zorlayarak bu yeni ilkenin doğuşuna sebep olan sosyal risk faktörlerinin ortak nitelikleri, yarattıkları tartışma alanlarına işaret edilmek suretiyle açıklanacaktır. Nihayet bu bölümde, sosyal risk ilkesinin idarenin sorumluluk şartları (fiil, kusur, zarar, illiyet bağı) ve idarenin sorumluluğunu etkileyen sebepler (mücbir sebep, beklenmeyen hâl, zarar görenin davranışı, üçüncü kişinin davranışı) açısından nerede durduğu, ortaya çıkan teorik sorunlar ve önerilerimizle birlikte incelenecektir.

“Uygulamada Sosyal Risk İlkesi” adını taşıyan üçüncü bölümde, Fransa'da risklerin sosyalizasyonu, Türkiye'de ise sosyal risk ilkesiyle irtibatlandırılan başlıca zarar türleri (tabiî âfetler, kitle hareketleri ve terör olaylarından doğan zararlar), ilgili kanunî düzenlemeler ve yargısal içtihatlar

erevesinde ele alınacak, uygulamada karşılaşılan sorunlar, doktrindeki görüşler ve çözüm önerileriyle birlikte okuyucunun istifadesine sunulacaktır.

Temennimiz, bu çalışmanın idarenin sorumluluğu alanında Türk uygulamasına has, nc ve ayakları yere basan yeni bir yaklaşımın geliştirilmesine vesile olmasıdır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

I. İDARENİN SORUMLULUĞUNA GENEL BAKIŞ

“Devletin görünen yüzü” olan idare, ülke sathında ve günlük hayatın her aşamasında kesintisiz bir biçimde faaliyet göstermekte, bu doğrultuda kendisinden her an sayısız idarî eylem ve işlem sâdır olmaktadır. Bireylerin hayatına bu denli nüfûz eden idarenin eylem ve işlemlerinden bazı zararların doğması, özel hukuk kişilerinin birbirine zarar vermesinden çok daha muhtemel bir durumdur. İdarenin sorumluluğu meselesi, işte bu zararların karşılanma imkânının olup olmadığı, karşılanacaksa şartlarının ne olacağı gibi sorulara cevap verme gayretiyle ortaya çıkmıştır.

A. Sorumluluk Kavramı ve Türleri

Türkçe “*soru*” kökünden türeyen “*sorumluluk*” kelimesi, sözlükte “*kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi*”¹ şeklinde tarif edilmektedir². Sorumluluk kelimesinin ifade ettiği bu anlam, Batı dillerinde Latince “*kefil olmak*” mânâsındaki “*respondere*” kökünden türeyen sözcüklerle karşılanmaktadır³.

Sorumluluk kelimesi, dinî, felsefî, ahlakî, siyasî ve hukukî anlamlar kazanarak birçok alanda kullanılan bir ıstılah hâline gelmiştir. Söz gelimi Kant’ta sorumluluk, özgürlükle bağlantılı felsefî / etik bir mesele iken⁴, İslâm fıkhrında tazminat yükümünün esası olarak karşımıza çıkabilmektedir⁵. Modern hukuk terminolojisi açısından bakıldığında ise sorumluluk kavramı,

¹ Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, Ankara 2005, “sorumluluk” maddesi, s. 1794-1795.

² Arapça “*soru*” anlamındaki “*suâl*” kökünden türetilen “*mesûliyet*” kelimesi, sorumluluk sözcüğünün dilimizdeki eş anlamlısıdır.

³ “Sorumluluk” anlamını karşılayan Fransızca “*responsabilité*”, İngilizce “*responsability*” ve İtalyanca “*responsabilita*” kelimeleri bu kökten türemiştir. Almancada sorumluluk anlamı, “*verantwortung*” kelimesiyle karşılanır. İngilizcede “*liability*” ve “*accountability*”, Almancada ise “*haftung*”, “*haftpflicht*” ve “*haftbar*” kelimeleri, bu anlamın nüanslarını karşılamak için kullanılan diğer ifadelerdir.

⁴ Kant’ta özgürlük ve sorumluluk ilişkisi için bkz. TÖLE; Harun Mustafa, **Immanuel Kant’ta Özgürlük ve Sorumluluk İlişkisi**, (Yüksek Lisans Tezi), Denizli 2005.

⁵ Sorumluluk kavramının fikhî analizi için bkz. ESER, Ercan; **İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk**, (Doktora Tezi), Ankara 2007, s. 1-14.

uyulması gereken kurallara aykırı hareketin hesabını verme, tazminatla yükümlü tutulma, işlenmiş bulunan bir suçun gerektirdiği cezayı çekme olarak tanımlanabilir⁶.

Hukukî terim olarak sorumluluk, kendi içinde siyasî, cezaî ve malî (hukukî) olmak üzere üç ayrı kulvar hâlinde somutlaşır⁷. Bunlardan ilki olan *siyasî sorumluluk*, siyasî yöneticilerin egemene, başka bir deyişle hükümetin / yürütme organının halkın temsilcilerinden oluşan parlâmentoya karşı sorumluluğunu anlatır. Siyasî sorumluluğun yaptırımı, bulunulan görevin / makamın ve sahip olunan yetkilerin kaybedilmesidir. Bu yaptırım, bakanlar kurulunun veya belli bir bakanın parlâmento tarafından güvensizlik oyu marifetiyle görevden alınmasını içeren *gensoru* yöntemiyle gerçekleşir⁸.

Kişilerin ceza kanunlarında suç olarak tanımlanan davranışları gerçekleştirmesi sonucunda ortaya çıkan *cezaî sorumluluk*, hukuk terminolojisindeki ikinci sorumluluk türünü oluşturmaktadır. Cezaî sorumluluğun yaptırımı, işlenen suçun ve zarara uğrayan değer niteliğine göre değişkenlik arz eder. Ölüm cezası, hapis cezası, adlî para cezası ve müsadere, cezaî sorumluluğun bilinen yaptırımlarındandır⁹. Şahsî bir sorumluluk türü olan cezaî sorumluluk, ancak gerçek kişiler için söz konusu olabilir¹⁰. Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin (idarenin) cezaî sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir. Bundan dolayı kamu tüzel

⁶ YILMAZ, Ejder; **Hukuk Sözlüğü**, Ankara 2004, s. 1109; ALTAY, Şakir; **Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü**, Ankara 1983, “mesûliyet” maddesi, s. 293.

⁷ Bu üç sorumluluk türünü “ayrı kulvarlar” olarak nitelememizin sebebi, her bir sorumluluğunun doğuş şartlarının ve müeyyidelerinin farklı olması ve tek bir fiilin iki veya üç sorumluluk türünü de aynı anda doğurabilmesidir. Örneğin bir bakan, bir vatandaşı sokak ortasında döverek yaraladığı takdirde bu fiil hem bakanın görevden alınması sonucunu doğuracak bir gensoru sürecini başlatabilecek, hem ceza hukuku anlamında yaralama suçunu oluşturacak, hem de vatandaşın uğradığı maddî ve manevî zarar bir tazminat sorumluluğunu doğuracaktır.

⁸ GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku**, Bursa 2003, cilt: II, s. 930. Gensoru yönteminin işleyişi ve siyasî sorumluluk hakkında bkz. ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara 2005, s. 301-303.

⁹ AYBAY, Aydın / AYBAY, Rona; **Hukuka Giriş**, İstanbul 2006, s. 47.

¹⁰ Bu kuralın istisnası olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda özel hukuk tüzel kişileri için faaliyet izninin iptali ve eşya müsadereci gibi bazı yaptırımlar öngörülmüştür. Tüzel kişilerin cezaî sorumluluğu konusundaki tartışmalar için bkz. ASLAN, Yasin; “Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 68, Sayı: 2010/2, s. 233-246.

kişilerinin görevlileri bir suç işlediği takdirde, bu suçlardan dolayı idare değil bizzat suçu işleyen gerçek kişi (kamu görevlisi) sorumlu tutulur¹¹.

“*Malvarlığı sorumluluğu*” veya “*hukukî sorumluluk*” da denilen *malî sorumluluk*, kişinin hukuk düzenince gerek kusurlu bir fiil, gerek akdî bir yükümlülük, gerekse kusursuz sorumluluk ilkelerinden biri esas alınmak suretiyle başkasına verdiği zararı gidermek zorunda tutulmasıdır. Malî sorumluluk müessesesi, temelde iki patrimuan arasında bozulan ekonomik dengenin tekrar kurulmasını amaçlar¹². Bu sorumluluk türünün yaptırımı, ortaya çıkan zararın / ekonomik dengesizliğin aynen veya nakden karşılanması, tazmin edilmesidir.

Özel hukukta şahısların malî sorumluluğu, sözleşmeden, haksız fiilden yahut kusursuz sorumluluktan kaynaklanan borç ilişkilerine dayanır. “*İdarenin sorumluluğu*” olarak isimlendirilen ve takip eden başlıklarda ayrıntılarıyla incelenecek sorumluluk türü ise, malî sorumluluğun kamu hukuku alanındaki görünümüdür. Başka bir deyişle “*idarenin sorumluluğu*” ifadesi, siyasî veya cezaî değil, *malî* bir sorumluluğu anlatmaktadır.

B. İdarenin Sorumluluğu Fikrinin Ortaya Çıkışı

Devletin kendi koyduğu hukukla bağlı olmasını ve hukuk içerisinde hareket etmesini öngören hukuk devleti ilkesinin ortaya çıkışından önce Avrupa’nın tamamında “*kral hata yapmaz*” (*the King can do no wrong - le Roi ne peut mal faire*) düşüncesi hâkimdi¹³. Bu düşünceye göre kral ve onun şahsında vücut bulan devletin kendi tebaasına yapacağı hiçbir şey “kötülük” ve “zarar” olarak nitelendirilemezdi. Dolayısıyla devletin şahıslara herhangi bir tazminat ödemesine de lüzum yoktu. Fransız İhtilâli’nden sonra monarşiler yıkılmaya başlamasına rağmen aynı düşünce bu kez halk iradesinin yegâne

¹¹ GÖZLER, *İdare*, cilt: II, s. 931.

¹² ESİN, Yüksel; *Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları*, (İkinci Kitap: Esas), Ankara 1976, s. 14.

¹³ SEVGİLİ, Didem; *La Responsabilité de l’Etat et des Collectivités Territoriales: Les Problèmes d’Imputabilité et de Répartition*, (Doktora Tezi), Lyon 2011, s. 13.

temsilcisi olan devletin vatandaşlarına zarar vermeyeceği şeklinde algılanmaya devam etmiştir¹⁴.

Bütün bu algılayışa rağmen, henüz polis devlet ilkesi geçerli olsa da, devletin sorumluluğu düşüncesinin ilk emâreleri belirmeye başladı. Almanya'da yargısal içtihatlar vasıtasıyla geliştirilen *hazine teorisi*, kralın kişisel hazinesi dışında kalan devlet hazinesini ayrı bir özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul ediyor ve zarar gören şahısların bu tüzel kişiyi (hazineyi) dava etmesine imkân veriyordu¹⁵. Bu teori her ne kadar yetersiz olsa ve bazı tutarsızlıklar içerse de idarenin tam manasıyla sorumsuzluğundan idarenin sorumluluğuna geçilmesinde bir aşama teşkil ettiği için önemlidir¹⁶.

19. yüzyıldan itibaren ortaya çıkan hukuk devleti düşüncesi, o zamana dek kural hâlinde olan devletin sorumsuzluğu fikrini bir istisnaya çevirmiştir. Bu süreçte özellikle Fransız mahkemelerinin verdiği kararlar oldukça etkili olmuştur¹⁷. Bu kararlar, hem devletin sorumluluğu fikrini kesinleştirmiş, hem de bu sorumluluğun özel hukuktaki sorumluluktan farklı biçimde kamu hukuku kurallarına tâbi ve idarî yargının görev alanına dâhil olduğunu ortaya koymuştur¹⁸. İdarenin sorumluluğuyla ilgili uyuşmazlıkların adlî yargının dışında ve kamu hukuku esaslarına göre çözümlenmeye başlaması, bu konunun özel hukuktaki sorumluluktan farklılaşmasını ve içtihadî bir karakter kazanmasını sağlamıştır¹⁹. Bütün Kıt'a Avrupası'nda idarî yargı yerleri tarafından devletin gittikçe artan bir şekilde sorumlu tutulması, 20. yüzyılın

¹⁴ ATAY, Ender Ethem; **İdare Hukuku**, Ankara 2009, s. 679.

¹⁵ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil; **Türk İdare Hukuku**, Ankara, 2012, s. 99.

¹⁶ GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, Ankara 2011, s. 368.

¹⁷ LAUBADÈRE, André de / VENEZIA, Jean-Claude / GAUDEMET, Yves; **Droit Administratif**, Paris 1995, s. 132.

¹⁸ Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1 Şubat 1873 tarihli *Blanco* kararı, bu bakımdan bir dönüm noktasıdır. Karar metni için bkz. LONG, M. / WEIL, P. / BRAIBANT, G. / DEVOLVE, P. / GENEVOIS, B.; **Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative**, 11^e édition, Paris 1996, s. 1-7.

¹⁹ PONTIER, Jean-Marie; "La Responsabilité Administrative", s. 4, Erişim: <http://www.ntpu.edu.tw/files/event/20081127144718.pdf> , (21.02.2013).

ortalarında devletin sorumluluğunun tamamıyla kabul görmesinin ve anayasal bir ilkeye²⁰ dönüşmesinin önünü açmıştır.

Ülkemizde devletin (idarenin) sorumluluğu fikrinin başlangıcı, Kıt'a Avrupası'yla paralellik arz eder. 1868 tarihinde kurulan Şûrâ-yı Devlet (Danıştay), o zamana dek özel hukuk hükümleri içerisinde düşünülen idarenin sorumluluğu meselesini kamu hukuku çerçevesinde çözmeye başlamıştır²¹. Ne var ki, 1876'da kabul edilen Kânun-u Esâsî'nin 85. maddesi, “*eşhâs (şahıslar) ile hükûmet beynindeki (arasındaki) dâvâlar dahî mehâkim-i umûmiyyeye (genel mahkemelere) âittir*” demek sûretiyle, devletin sorumluluğuna ancak genel mahkemelerde ve özel hukuk çerçevesinde hükmedilebileceğini düzenlemiştir. Nihayet, 1924 Anayasası ve bu dönemde çıkarılan 669 sayılı Şûrâ-yı Devlet Kanunu ile idarî davaları görme yetkisi Şûrâ-yı Devlet'e verilmiştir. Bu doğrultuda 1927 senesinde tekrar faaliyete geçen Şûrâ-yı Devlet, idareye karşı açılan tazminat davalarını da karara bağlamaya başlamıştır²².

1961 Anayasası, bütün Kıt'a Avrupası'nda görüldüğü gibi, idarenin sorumluluğu düşüncesini anayasal bir ilkeye dönüştürmüş ve “*idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür*” (m. 114 / son) hükmünü getirmiştir. 521 sayılı Danıştay Kanunu da idarî eylem ve işlemler sebebiyle hakları ihlâl edilenlerin açacağı tam yargı davalarının Danıştay'da görüleceğini belirterek bu sorumluluğun kamu hukuku çerçevesinde ve idare hukuku kurallarına göre değerlendirileceğini kesinleştirmiştir. 1982 Anayasası, idarenin sorumluluğu konusunda 1961 Anayasası'nın hükmünü aynen korumuş, hâlen yürürlükte bulunan 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu da tam yargı davalarında idarî yargının görevli olduğunu düzenleyerek Danıştay Kanunu'nun getirdiği sistemi devam ettirmiştir. Bütün

²⁰ Örnekler için bkz. 1947 İtalyan Anayasası m. 28, 1949 Almanya Anayasası m. 34, 1976 Portekiz Anayasası m. 22, 1978 İspanya Anayasası m. 9, 106 ve 149.

²¹ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 148.

²² GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut; **İdare Hukuku (Cilt: 1, Genel Esaslar)**, Ankara 2008, s. 838.

bu düzenlemelere bakıldığında ülkemizde idarenin sorumluluğu düşüncesinin tam olarak benimsendiğini söylemek mümkündür²³.

Kıt'a Avrupası'nda ve ülkemizde cereyan eden tarihî süreç neticesinde bugün idarenin sorumluluğu, hukuk devletinin en başta gelen gereklerinden biri olarak görülmekte ve anayasal bir ilke hâlinde kabul edilmektedir. Ayrıca idarenin sorumluluğu, kamu hukuku içerisinde mütalâa edilmekte ve bu sorumluluğun esasları, kavram ve kurumları, bu konuda uzmanlaşmış bir idarî yargı düzeni tarafından tespit edilmektedir.

C. İdarenin Sorumluluğunun Türleri

İdarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olmasını ifade eden idarenin sorumluluğu, her zaman aynı tarzda somutlaşmaz. Sorumluluğun tespitinde gözetilen kıstaslar ve dayanılan esaslar bakımından idarenin sorumluluğu, *“kusurlu sorumluluk”* ve *“kusursuz sorumluluk”* adı altında iki alt-türe ayrılmaktadır.

1. Kusurlu Sorumluluk

Tarihî süreçte idarenin sorumsuzluğu ön kabulü idarenin sorumluluğuna dönüşmeye başlayınca, idarenin kamu hukuku sorumluluğu da özel hukuk sorumluluğundan esinlenilerek mutlaka bir kusura dayandırılmaktaydı. *“Kusura dayanan sorumluluk”* da denilen idarenin kusurlu sorumluluğu, bu nedenle idare hukukunda önem arz eden ve sıklıkla başvurulmuş bir sorumluluk türüdür.

Roma hukukundan beri özel hukukta sorumluluğun temeli olarak kabul edilen kusur, idarenin sorumsuzluğundan sorumluluğuna geçilirken idarî yargı yerlerinin de öncelikle kullandıkları bir kavram olmuştur²⁴. Ancak özel hukukta dikkatsizlik, ihmâl ve kasıt gibi oldukça sübjektif etkenlerle oluşabileceği kabul edilen kusur kavramı, idarî yargı yerleri nezdinde ve kamu hukuku içerisinde bağımsız, anonim ve nesnel mahiyette bir *“hizmet*

²³ GÖZLER, Kemal; *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa Ağustos 2011, s. 743.

²⁴ ATAY, *İdare*, s. 701.

kusuru” anlayışına inkılâp etmiştir²⁵. Dolayısıyla bugün idarenin kusurlu sorumluluğundan bahsedildiğinde yapılan sorgulama, özel hukukta olduğu gibi idarenin sübjektif anlamda dikkatsizliği, ihmâli yahut kastı olup olmadığı değil, zararın doğduğu idarî faaliyetin mevcut kurallar çerçevesinde iyi işleyen bir idareden beklenen şekilde yerine getirilip getirilmemesidir.

a. Hizmet Kusuru Kavramı

İdarenin kusurlu sorumluluk esasına göre sorumlu tutulması, idareye ne tür bir kusur atfedilebileceği meselesini gündeme getirmiş, bu bağlamda idare hukukuna has bir kavram olan *“hizmet kusuru”* ortaya çıkmıştır. Fransız ve Türk mevzuatında hizmet kusuru kavramını açıkça tarif eden herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu kavram, yargı yerlerince tanımlanmaya çalışılmış ve somut olayların niteliğine göre şekillenmiştir. Söz konusu şekillenme süreci, idare hukukunun içtihadî özelliğini de ortaya koymaktadır²⁶.

Genel anlamda hizmet kusuru (*faute de service*²⁷), idarenin üstlendiği bir hizmetin (faaliyetin) kuruluşunda, düzenlenişinde ve işleyişinde görülen bozukluk, eksiklik ve aksaklıkları ifade eder²⁸. Kavramdaki *“hizmet”* sözcüğü, yalnızca belli bir idarî faaliyet türü olan *“kamu hizmeti”*ni değil, idarenin bütün görev ve faaliyetlerine işaret etmekte ve dolayısıyla kolluk gibi idarî faaliyetleri de kapsamaktadır²⁹.

Bilindiği gibi idare, yürürlükteki mevzuatın kendisine verdiği görevleri ifa etmek, kamu hizmetlerini sürekli ve istikrarlı bir biçimde sunmak, kısacası vazifelerini etkin, verimli ve hukuka uygun şekilde yerine getirmekle mükelleftir. Hizmet kusuru, idarenin bu yükümlülüğe herhangi bir şekilde aykırı davranması sonucunda ortaya çıkar³⁰. Bu çerçevede hizmet kusuru,

²⁵ ATAY, Ender Ethem; “İdarenin Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara 2006, s. 1071.

²⁶ ATAY, **İdare**, s. 702.

²⁷ LOMBARD, Martine; **Droit Administratif**, Dalloz, Paris 2001, s. 463.

²⁸ D.10.D., 12.07.1995, E. 94/7359, K. 95/3559, DD, sayı: 91, s. 1106–1112.

²⁹ GÜNDAY, **İdare**, s. 369.

³⁰ “(...) İdarenin kendisine tevdi edilen kamu hizmetlerinin ifası sırasında önce gerekli teşkilatı kurarak bu teşkilatın aynî, şahsî ve malî imkân ve vasıtalarını hizmete hazır bulundurmakla

kamu hizmetinin kuruluş, işleyiş veya personeli üzerinde denetim ve gözetim yetkisinin kullanılmaması (gereken emir ve talimatların verilmemesi), hizmete özgülünen araç ve gereçlerin uygun ve yeterli olmaması, lüzumlu tedbirlerin geç alınması (veya hiç alınmaması) gibi sebeplerden kaynaklanabilir. Bu sebeplerin varlığı (idarî faaliyetin etkin ve yeterli olup olmadığı) konusunda içinde bulunulan çağın ortalama standardı göz önüne alınır³¹.

b. Hizmet Kusurunun Özellikleri

Hizmet kusurunun, idare hukuku uygulaması içerisinde öne çıkan ve onu özel hukuk sorumluluğundaki kusur kavramından ayıran bazı özellikleri bulunmaktadır. Bu özellikler³² aşağıdaki gibi açıklanabilir:

(1) Aslîlik

İdarenin herhangi bir faaliyeti / işlemi neticesinde üçüncü kişilere zarar vermiş olması hâlinde hizmet kusuru, idareyi sorumlu tutmak için birinci derecede başvurulacak bir sorumluluk sebebidir. Hizmet kusurunun aslîliği, bu kusurun varlığı durumunda kusursuz sorumluluğa hükmedilmemesini gerektirir. Ayrıca aslîlik, idarenin sorumluluğunda idarenin ajanlarının değil, doğrudan doğruya idarenin sorumlu tutulmasını da ifade eder³³. Hizmet kusurunun aslîliği çerçevesinde idarî yargı yerleri, kusursuz sorumluluk ilkelerine veya kamu görevlisinin kişisel kusuruna yönelmeden evvel, idarenin hizmet kusuru sebebiyle sorumlu tutulup tutulamayacağını incelemektedirler.

(2) Anonimlik / Nesnellik

Hizmet kusurunun anonimliği / nesnelligi, idarenin hizmet kusurundan sorumlu tutulabilmesi için bu kusurun herhangi bir kamu görevlisine isnadının gerekmemesi, zararın sebebi olarak doğrudan doğruya hizmetin görülmesi anlamına gelir. Buna göre hizmet kusurunun varlığını ispat etmek için kusuru işleyen kamu görevlisinin / görevlilerinin ortaya çıkarılmasına gerek yoktur.

yükümlüdür. Bunların temin ve ifasındaki kusur sonucu hizmetin hiç işlememesine veya kötü yahut geç işlemesine sebebiyet verilmiş olması, idareye, zarar gören kimselerin bu zararlarının tazmini sorumluluğu yükler(...)" (D.10.D., 12.10.1999, E. 97/3468, K. 99/4782, DD, sayı:103, s. 885).

³¹ YAYLA, Yıldızhan; **İdare Hukuku**, İstanbul 2009, s. 361.

³² SARICA, Ragıp; "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", **İÜHFM**, cilt: XV, sayı: 4, s. 859.

³³ ATAY, **İdare**, s. 706.

Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinden oluşan idarenin işlediği bütün kusurlar, tüzel kişilerin gerçek kişiler gibi kusur işlemesi mümkün olmadığından, son tahlilde kamu görevlilerinin kusurları olarak düşünülebilir³⁴. Ancak hizmet içerisindeki bu beşerî kusurlar; zaman, mekân ve personel itibarıyla oldukça yaygın ve kaynaşmış bir görünüm arz eder. İdarî faaliyet, esas itibarıyla kamu yararı adına gerçekleştirildiği için çoğu zaman bu kusurların kişiselleştirilmesi mümkün ve gerekli değildir³⁵. İşte hizmet kusurunun anonimliği, kusurluluğu bizatihi “hizmet”e bağlayarak o hizmetin içerisinde yer alan sayısız kamu görevlisinin tek tek kusurlarını araştırmak ve ortaya çıkan zarar sebebiyle bunları ayrı ayrı sorumlu tutmak gibi bir zorluğu ortadan kaldırmaktadır.

(3) Genellik

Hizmet kusurunun genelliği, bu kusurun idarenin her parçası bakımından ve bütün idarî faaliyetlerde öncelikle aranacağı anlamına gelir. Buna göre ister merkezden yönetim, ister herhangi bir yerinden yönetim kuruluşu olsun, bütün idarî teşkilat, gerçekleştirdiği bütün faaliyetler esnasında meydana gelen zararlar için evvelâ hizmet kusurundan dolayı sorumlu tutulur³⁶.

(4) Esneklik (Nısbîlik, Görecelilik)

Yukarıda belirtildiği üzere hizmet kusuru, yargı yerlerinin somut olayların niteliklerini göz önüne alarak geliştirdikleri bir sorumluluk sebebidir. Gelişim sürecine paralel olarak hizmet kusuru, bugün dahî her bir somut olayda değişkenlikler arz etmektedir³⁷. Olağan zamanlarda hizmet kusuru sayılabilecek bir eksiklik / hata, olağanüstü dönemlerde hizmet kusuru olarak kabul edilmeyebilir. O hâlde hizmet kusurunun var olup olmadığı, her bir somut olayda mahkemenin takdirine bağlıdır denebilir³⁸.

³⁴ GÜNDAY, *İdare*, s. 369.

³⁵ DURAN, Lütfi; *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, Ankara 1984, s. 26.

³⁶ ATAY, *İdare*, s. 712.

³⁷ “Hizmet kusurunun bir diğer vasfı şudur ki: hizmet kusuru nazari, mücerret, kabli, basit, umumî, mutlak, sert, değişmez bir mefhum olmaktan ziyade ameli, müşahhas, ampirik, mürekkep, hadisevî, nisbî, elâstikî, mütehavvil ve kaypak bir mefhumdur.” (SARICA, s. 862).

³⁸ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 152.

(5) Bağımsızlık

İdare hukuku, otonom bir hukuk dalıdır. Hizmet kusuru kavramı, idare hukuku uygulamasında, özel hukuktaki kusur anlayışından farklı bir çizgide gelişmiş ve kendine has bir mânâ ve muhteva kazanmıştır. Bu bakımdan hizmet kusurunun, özel hukuktaki istihdam edenin sorumluluğundan tamamen bağımsız ve idare hukukuna özgü (özerk) bir sorumluluk türü olduğu rahatlıkla söylenebilir³⁹.

c. Hizmet Kusuru Sayılan Hâller

Doktrinde ve yargısal içtihatlarda, aşağıda açıklanacak üç durum bulunduğu takdirde hizmet kusurunun varlığı kabul edilmektedir:

(1) Hizmetin kötü işlemesi

Hizmetin bir şekilde yürüdüğü, ancak gerektiği gibi işletilmediği durumlarda söz konusudur. Hizmetin hangi durumlarda “kötü” işlediğini genel olarak tespit etmek mümkün değildir. Bunun için idarenin sahip olduğu araç ve gereçlere, imkânlar ve somut olayın özelliklerine bakmak gerekir. Hizmetin kötü işlemesine örnek olarak; idarenin karayolunda asfaltlama çalışması yaparken gerekli önlemleri almayıp davacıya ait hayvanların zift çukuruna düşüp ölmesine sebep olması⁴⁰, Devlet hastanesinde tedbirsizlik ve acemilik nedeniyle hatalı enjeksiyon yapılarak kişinin kolunun kangren olması⁴¹, trafik sinyalizasyon sisteminin hata vererek kazaya yol açması⁴², elektrik tellerinin normalden daha alçak çekilmesi⁴³, idarenin ajanı üzerinde gereken denetimlerin tamamını yapmaması⁴⁴ ve yetkisi olmadığı hâlde işyeri ruhsatını iptal etmesi⁴⁵ durumları gösterilebilir.

³⁹ ATAY, *İdare*, s. 705.

⁴⁰ D.10.D., 20.11.1995, E. 95/1607, K. 95/5772, DD, sayı: 91, s. 1117 vd.

⁴¹ D.10.D., 16.01.1985, E. 82/2908, K. 85/26, DD, sayı: 60–61, s. 461 vd.

⁴² LAUBADÈRE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 138.

⁴³ D.10.D., 16.11.1995, E. 94/4376, K. 95/5754, DD, sayı: 91, s. 1101 vd.

⁴⁴ D.10.D., 12.10.1999, E. 97/3468, K. 99/4782, DD, sayı: 103, s. 885 vd.

⁴⁵ D.8.D., 11.06.2003, E. 2003/1833, K. 2003/2827, aktaran: ATAY, *İdare*, s. 718.

(2) Hizmetin geç işlemesi

Hizmetin idarece yerine getirilmesi gereklidir ancak yeterli değildir. Bazen hizmetin makul bir süre içerisinde ifa edilmemesi, telafisi mümkün olmayan zararlara yol açarak hizmeti anlamsız kılabilir⁴⁶. Ayrıca mevzuatta hizmetin yerine getirilmesi için belli bir süre öngörülmüş olabilir. Bu bakımdan idarî yargı yerleri, hizmetin geç işlemesi hâlini de hizmet kusuru olarak görmekte ve idarenin sorumluluğuna hükmetmektedir⁴⁷. Ateş ve lökosit miktarına göre derhal ameliyat edilmesi gereken bir hastanın ameliyatının geciktirilmesi ve bu sebeple hayatını kaybetmesi⁴⁸ yahut protesto eylemleri esnasında kolluk kuvvetlerinin geç müdahale etmesi sebebiyle meydana gelen can kayıpları⁴⁹, hizmetin geç işlemesinden doğabilecek zararlara örnek gösterilebilir.

(3) Hizmetin hiç işlememesi

Hizmetin hiç ortaya çıkmamış / yapılmamış olması da doktrin ve yargı kararlarında hizmet kusuru hâllerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda idarenin hizmeti yürütmedeki yetkisinin mevzuattaki niteliğinin incelenmesi önem kazanmaktadır. Eğer mevzuatta bir “bağlı yetki” öngörülmüşse, yani idare mevzuat tarafından belli koşulların varlığı hâlinde belli hizmetleri yerine getirmekle yükümlü kılınmışsa, bu takdirde hizmetin hiç

⁴⁶ “(...) Dava konusu olayda, doğuştan ileri gelen rahatsızlığı sebebiyle askerliğe elverişsiz durumda olan davacının, bu durumunun askere sevkı sırasında yapılan muayenesinde belirlenmesi gerekirken askere sevk edildiği, davacının eğitim birliğine katılışının altıncı gününde kalbinden rahatsız olduğunu beyan etmesine, akabinde birçok kez viziteye çıkmış olmasına rağmen gereği gibi muayene edilmemesi sonucu askerliğe elverişsizlik halinin bir yılı aşkın süre askerlik hizmeti yaptırıldıktan sonra geç tespit edildiği, ilgili birimlerde hizmetin iyi işlemediği, idarenin hizmet kusuru içinde bulunduğu (...)”

“(...) Davacıların yakınının askerlik hizmeti sırasında ateş ve baş ağrısı şikâyeti ile revire çıktığı, ancak kendisinin göreve gönderildiği, bilahare iki gün sonra aynı şikâyetle tekrar yaptığı başvuru üzerine hastaneye sevkini yapıldığı, bu defa ilgili doktorun bulunmaması sonucu GATA Nöroloji Kliniğine sevkini yapıldığı, ancak burada gördüğü tedavilere rağmen vefat ettiği, Mahkememizce yaptırılan tıbbi bilirkişi incelemesinde rahatsızlıkla ilgili belirtilerden hareketle; tedavilere daha önce başlanabileceği, gerekli olan tedavi ve teşhiste geç kalındığı (...)” AYİM kararlarını aktaran: YAMAN, Murat; “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları”, AYİMD, Ankara 2003, sayı: 18, s. 91 vd. (Eserde kararların tarih ve numaralarına yer verilmemiştir.)

⁴⁷ GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 861.

⁴⁸ ATAY, **İdare**, s. 720.

⁴⁹ D.10.D., 12.07.1995, E. 94/7359, K. 95/3559, DD, sayı: 91, s. 1106 vd.

işlememesi kesinlikle bir hizmet kusuru teşkil edecektir. Ancak eğer mevzuatta idareye takdir yetkisi tanınarak hareket serbestîsi öngörülmüşse, hizmetin hiç işlememesinin her zaman bir hizmet kusuru oluşturacağı söylenemez. Bu noktada mevzuatta tanınan takdir yetkisinin sınırları göz önüne alınacaktır⁵⁰.

Hastanenin acil servisinden ambulans istenmesine rağmen ambulans gönderilmemesi, yol çalışmaları esnasında ışıklandırma ve işaret koyma gibi önlemlerin alınmaması, yangın ihbarına rağmen itfaiyenin gitmemesi, boşaltma kanalının temizlenmemesi ve yağmur nedeniyle taşması, penisilin iğnesinden önce test yapılmaması, enerji nakil hatları üzerinde gerekli bakım ve onarımın yapılmaması zehirli haşaratın bol bulunduğu yerde gerekli ilaç ve personelin hazır bulundurulmaması gibi durumlar, hizmetin hiç işlememesine örnek teşkil edebilir⁵¹.

d. Kişisel Kusur Kavramı ve Hizmet Kusuruyla İlişkisi

İdarenin hizmet kusurundan dolayı sorumluluğu anonim olduğu için, hizmet kusurunun kişiselleştirilip kişiselleştirilemediği -hizmet kusurunun varlığına hükmedilmesi ve idarenin bu bakımdan sorumlu tutulması açısından- ehemmiyet arz etmez⁵². Ancak zarara yol açan herhangi bir eylemin kişiselleştirilebilmesi, bu eylemin kim tarafından ne zaman ve nasıl işlendiğine bağlı olarak idarenin o kişiye rücu edebilmesi yahut zarar görenlerin o kişiye karşı doğrudan adlî yargıda tazminat davası açıp açamayacağıının tespit edilebilmesi bakımından oldukça önemlidir.

⁵⁰ ATAY, **İdare**, s. 720–721.

⁵¹ ATAY, **İdare**, s. 720–722. “(...) Olayımızda hipertansiyon ve psikolojik rahatsızlıkları sebebiyle birçok defa viziteye çıkan, muhtelif hastanelerde tedavi gören ve ölümünden bir hafta önce de yapılan muayenesinde anksiyete bozukluğu tanısıyla 15 gün sonra kıtası hastanesinde kontrolünün uygun olduğuna karar verilen müteveffanın, gerekli tedavisinin yapılması gerekirken bu işlem hiç yapılmayarak yurt dışına uzun bir yolculuğa çıkacak olan gemide görevlendirilmesinde idarenin hizmet kusurunun bulunduğu...” AYİM kararını aktaran: YAMAN, s. 91 vd. (Eserde kararların tarih ve numaralarına yer verilmemiştir).

⁵² “Hizmet kusuru, kamu görevlisinin kusurundan bağımsızdır. İdarenin ajanı kusurlu da kusursuz da olsa, idarenin işleyişinde, kuruluşunda veya düzenlenmesinde bir aksaklık varsa hizmet kusuru vardır.” EVREN, Çınar Can, “Hizmet Kusuru-Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, yıl: 2011, sayı: 95, s. 180.

Kişisel kusur kavramının doktrinde iki farklı şekilde anlaşıldığı görülmektedir. İlk görüş, kişisel kusuru, kamu görevlisinin vazifesinden, yetkilerinden, resmî sıfatından ve hizmet araç-gereçlerinden tam ve mutlak bir surette ayrılmış davranışlar sonucu ortaya çıkan kusurlar biçiminde anlamaktadır. Buna göre kişisel kusuru oluşturan eylemler, kamu görevlisinin yerine getirmek zorunda olduğu kamusal görev ve faaliyetler ile herhangi bir ilgisi bulunmayan ve *herhangi bir kimse* olarak yaptığı kusurlu davranışlardır⁵³. Bu görüş, kişisel kusuru haksız fiile eşitlediği için doktrinde eleştirilmektedir⁵⁴.

Kişisel kusuru idare hukukuna özgü bir kusur türü olarak algılayan ve gerek doktrin, gerekse yargı kararlarında kabul edilen ikinci görüş, kişisel kusuru, kamu görevlisinin, resmî sıfatı ile kamu hizmetinin ifasında, keza idarî faaliyet sebebiyle ve hizmet araç ve gereçlerini kullanarak, yani gerek teşkilât, gerekse faaliyet bakımından hizmetle ilgili biçimde ortaya çıkan bir kusur türü olarak tanımlamaktadır⁵⁵. Buna göre kişisel kusur, idare hukukuna özgü, kamu görevlisinin sıfatı, görevi, görev araç ve gereçleriyle bir şekilde alâkalı bulunan kusur türüdür⁵⁶.

Kişisel kusurun genel kabul gören ikinci tarifi, bu kusur türünün, idarenin sorumluluğunu da gerektiren idarî bir kusur teşkil ettiği anlamına gelir. Buna göre kamu görevlilerinin kişisel kusurlarıyla verdikleri zararlardan evvelâ idarenin sorumlu olması gerekir. Başka bir deyişle kişisel kusur, aynı zamanda hizmet kusuru teşkil eder ve bu yüzden idarenin ilk elden sorumluluğuna yol açar.

⁵³ GÜRAN, Sait, “İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu**, İstanbul 1982, s. 188; DÜREN, Akın, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara 1979, s. 296.

⁵⁴ “Ancak hemen belirtelim ki kamu görevlisinin herhangi bir kişi olarak verdiği zararlar sebebiyle sorumluluğu yine herhangi bir şahıs olarak, Borçlar Kanunu haksız fiil hükümlerine göredir. Bu sebeple kamu görevlisinin bu nevi kusurunu kişisel kusur olarak addetmek haksız fiil = kişisel kusur eşitliğini kabul etmek demek olur.” AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 152-153.

⁵⁵ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 152-153.

⁵⁶ “Uzaktan veya yakından, doğrudan doğruya ve dolaylı olarak kamu faaliyet ve hizmetleriyle ilişkisi olmayan eylem ve işlemler, o personelin bireysel hareket ve tasarruflarından ibaret olur ki, her vatandaş gibi bunların sonuçlarından da kendilerinin sorumlu tutulması doğaldır. Bundan dolayı bu tür eylemler kişisel kusur kategorisinde yer almazlar. O halde kamu görevlisinin kişisel eylem ve kusuru da hizmet ve göreviyle ilgili ve ilişkili olarak ortaya çıkar.” AYM, 25.03.1975, E. 74/42, K. 75/62, AYMKD, cilt: 13, s. 390.

Anayasa'nın 129. maddesi, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilceğini öngörerek bu görüşe paralel bir düzenleme getirmiştir. Kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğranılan zararlarla ilgili tazminat davalarının personel değil, kurum aleyhine açılacağını düzenleyen Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi de aynı istikamettedir.

2. Kusursuz Sorumluluk

Özel hukukta esas olan, şahısların kusurlu sorumluluğudur. Yani herhangi bir şahsın mevcut bir zararı karşılamak üzere sorumlu tutulabilmesi, zararı doğuran hareketin o şahıs tarafından bilerek – isteyerek yahut ihmâl veya dikkatsizlikle gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır. Ancak Borçlar Kanunu'nda sınırlı bir şekilde sayılan durumlarda (örneğin adam çalıştıranın sorumluluğu, aile başkanının sorumluluğu gibi) şahıslar, herhangi bir kusur aranmadan sorumlu tutulabilmektedir.

Özel hukukta kusursuz (objektif) sorumluluk olarak isimlendirilen ve istisnaî nitelik taşıyan bu sorumluluk türü, idarenin kamu hukuku sorumluluğunda oldukça yaygın bir şekilde uygulama alanı bulmuş ve mütad bir sorumluluk sebebine dönüşmüştür. İdarenin kusursuz sorumluluğu, takip eden kısımda geniş bir şekilde ele alınacaktır.

II. İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

İdare; karmaşık araçları ve yüz binlerce ajanıyla günlük hayatın olağan hizmetlerinden ülke çapında devasa projelere kadar çok geniş bir alanda ve durmaksızın faaliyet gösterir. Bu derece yoğun ve katmanlı bir faaliyetin hiçbir zarara yol açmadan devam etmesi neredeyse imkânsızdır. Aynı zamanda bu zararların tamamının “hizmet kusuru” içerisinde mütalâa edilerek kusurlu sorumluluk esasına göre karşılanması da aynı ölçüde mümkün görünmemektedir. Bu durum, idarenin eylem ve işlemlerinden

doğan zararı karşılama yükümlülüğüyle birlikte düşünüldüğünde, idarenin herhangi bir kusur araştırması yapılmaksızın sorumlu tutulabilmesinin ne derece önem arz ettiği anlaşılmaktadır.

A. KUSURSUZ SORUMLULUK KAVRAMI

Genel mânâda kusursuz sorumluluk, bir hukuk süjesinin herhangi bir kusur araştırması yapılmaksızın kendisi ile ilgisi kurulabilen bir zarardan sorumlu tutulmasını ifade eder⁵⁷. Bu sorumluluk türünde, sorumlu tutulacak şahsın sübjektif olarak kınanabilirliği (kusurlu olup olmadığı) meselesi tamamen devre dışıdır⁵⁸. Bunun yerine kusursuz sorumlulukta “*sebep-sonuç ilişkisi*”, “*zarar*” ve “*netice*” kavramları, sorumluluğun esasını teşkil etmek bakımından öne çıkmaktadır. Kusursuz sorumluluğu isimlendirmek için kullanılan “*sebep sorumluluğu*”, “*netice sorumluluğu*” ve “*objektif sorumluluk*” gibi tâbirler, bu sorumluluğun “kusur” fikrinden arınmış karakterini vurgulama amacına mâtuftur⁵⁹.

1. Kusursuz Sorumluluğu Gerektiren Olgular

Dünyamızın son iki yüzyılı, insanlığın bundan önceki tarihiyle kıyaslanamayacak derecede büyük teknolojik gelişmelere sahne olmuştur. Sanayi devrimiyle birlikte üretim ve taşıma araçlarının tamamen makineleşmesi, şehir merkezlerinde nüfus yoğunluğunun aşırı derecede artması, yeni enerji kaynaklarının keşfedilerek günlük hayatta sıklıkla kullanılması, fertlerin zarara uğrama ihtimâlini geçmiş dönemlerde tahayyül dahi edilemeyecek boyutlara taşımıştır. Öyle ki, günümüzde insanoğlu, çok

⁵⁷ ESİN, Yüksel; **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları**, (İkinci Kitap: Esas), Ankara 1976, s. 128.

⁵⁸ TANDOĞAN, Halûk; **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara 1981, s. 7. Yazarın yaklaşık otuz yıl önce yaptığı bu tespit, günümüz itibariyle daha da kesin bir hâl almıştır. Özellikle bilişim teknolojisinin muazzam boyutlara ulaşması, bugün bir tuşla dünyanın birçok farklı noktasında kontrolü güç ve geri dönülmesi imkânsız etkiler yaratmayı mümkün kılmaktadır.

⁵⁹ ARMAĞAN, Tuncay; **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Ankara 1997, s. 93.

küçük davranışlarla her an kontrolünden çıkabilecek ve olağanüstü neticeler doğurabilecek kuvvetleri harekete geçirebilmektedir⁶⁰.

Modern iktisadî hayat, teknolojik gelişmelerin sağladığı büyük kolaylıkların yanında “tehlike – risk” vâkiasını da bir yan-netice olarak ortaya çıkarmıştır. Teknolojik âletler / makineler, beşerî bir hata bulunmamasına ve bir dizi önlemler alınmasına rağmen çok büyük zararlara sebebiyet verebilmektedir. Bazen de beşerî bir kusur bulunsan bile, âletlerin / süreçlerin karmaşıklığı, kusurlu kişilerin tespitini imkânsız hâle getirmektedir. Bütün bunlarla birlikte, teknolojinin getirdiği faydaların kendisinden asla vazgeçilemeyecek bir raddeye ulaştığı da ayrı bir vâkıa olarak önümüzde durmaktadır. Ortaya çıkan zararın tazminini yalnızca kusura bağlayan bir sorumluluk anlayışı, teknolojinin getirdiği *fayda-tehlike ikilemini* aşmakta yetersiz kalmaktadır⁶¹. Bu durum, tehlikeli faaliyetten fayda sağlayan kişinin, kusuru aranmaksızın, bu faaliyetten doğan zararlara da katlanması gerektiği fikrini doğurmuştur⁶².

19. yüzyıla kadar sorumluluğun tespitinde tek ölçüt olarak kabul edilen kusur ilkesi, ferdiyetçi bir düşünceye dayanarak, sorumlu tutulacak şahsın kınanabilirliğini esas alır. Bu durum, zararın kusura dayanmadığı veya kusurla orantısız derecede büyük olduğu durumlarda zarara uğrayanları korumasız bırakır⁶³. Sosyal düşüncenin hukuka egemen olmasıyla beraber, zararın kusurdan ileri gelmediği veya kusurun çok ötesine geçtiği bu gibi hâllerde toplumun zarara uğrayanı koruması gerektiği fikri ortaya çıkmıştır⁶⁴.

⁶⁰ TANDOĞAN, **Sorumluluk**, s. 1-2.

⁶¹ Fransız hukukçu Savatier, bahsettiğimiz ikilemi aşmaya çalışan yeni bir sorumluluk anlayışından şöyle bahseder: “*kusur mesuliyeti, insanın madde üzerinde fikrî bakımdan hâkim olma şuurunu hâiz olması düşüncesine istinat ettiği hâlde, yeni mesuliyet telâkkisi insanın maddeye eskisi gibi, bilhassa fikrî bakımdan hâkim olamaması, fakat onu kullanmaya, ondan istifade etmeye daha ziyade bağlanmış bulunmasından neşet etmektedir.*” SAVATIER, R.; **Du Droit Civil au Droit Public á Travers Les Personnes, Les Biens, La Responsabilité Civile**, Paris 1945, s. 87’den aktaran: İMRE, Zahit; “Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri”, **İÜHF**, sayı:4, s. 1516.

⁶² KOÇHISARLIOĞLU, Cengiz; “Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, sayı: 2 (1984), s. 182.

⁶³ ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 142.

⁶⁴ TANDOĞAN, Halûk; **Türk Mes’uliyet Hukuku**, İstanbul 1961, s. 91; YAMAN, Murat; “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları”, **AYİMD**, Ankara 2003, sayı: 18, s. 91.

Böylece tazminat hukuku, odak noktasını “zarar veren”den ziyade, zarar gören geniş kitlelere, tehlike kavramına ve zararın muhakkak karşılanmasına çevirmiştir⁶⁵. Fransız hukukçu Louis Josserand⁶⁶, bu değişimin temelinde yatan ihtiyacı şöyle özetler: *“değişmiş olan cemiyet için gençleşmiş sosyal bir kâide lâzımdır ve kıymetini kaybetmiş olan kusur telâkkisi yerini tamamıyla, daha geniş bir mefhum olan hasar (risque) telâkkisine bırakmalıdır”*⁶⁷.

Kusur sorumluluğunun ahlakî ve sosyal temeli, yalnızca zarar görenler değil, zararın meydana gelmesine kusurlu davranışlarıyla sebep olanlar açısından da gittikçe zayıflamaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi çok küçük davranışlar, davranıştaki kusur payının çok ötesinde zararlar doğurduğu gibi, bu davranışlarda bulunmadan önceki düşünme süresi de neredeyse saniyelerle ölçülmektedir⁶⁸. Örneğin bir fabrika işçisinin, anlık dalgınlığı sonucunda ödeme gücünün oldukça üstünde bir zarara sebep olduğunu düşünelim. Yalnızca kusur ilkesi göz önüne alınarak bu işçinin bütün zarardan sorumlu tutulması, fabrikanın teknolojik imkânlarından asıl kârı elde eden fabrika sahibinin hiçbir külfete katlanmaması sonucunu doğuracak, bu ise hem zarara uğrayanlar hem de işçi açısından adalet duygusunu ve hakkaniyeti zedeleyecektir.

2. Kusursuz Sorumluluğun Esası

Sorumluluk, her hâlükârda bir dayanağı gerektirir. Kişilerin makûl bir çerçeve çizilmeden keyfî bir şekilde sorumlu tutulması, hukukun varlık gâyesine aykırıdır. O hâlde kişilerin kusurları bulunmasa bile sorumlu tutulabileceğini öngören kusursuz sorumluluk teorisi hangi temellere dayanmaktadır?

⁶⁵ TANDOĞAN, **Sorumluluk**, s. 13.

⁶⁶ Louis Josserand, 19. yüzyılın sonu ve 20. yüzyılın başlarında kusursuz sorumluluk teorisini ateşli bir biçimde savunan “toplumcu-Hiristiyan” akımının en bilinen temsilcilerindendir. BORGHETTI, Jean-Sébastien, “The Culture of Tort Law in France”, **Journal of European Tort Law**, vol.: 3, issue: 2, s. 174.

⁶⁷ JOSSERAND, Louis, **Evolution et Actualité**, s. 68’den aktaran İMRE, s. 1519.

⁶⁸ ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 145.

Kusurlu sorumluluk, herhangi bir hareketi “iyi” yahut “kötü” olarak niteleyen ahlakî bir düşünceden kaynaklanır⁶⁹. Bu düşünce, klâsik dönemde sorumluluğu kusur kavramıyla âdeta mürekkep hâle getirdiği için, ilk bakışta kusurdan bağımsız bir sorumluluğun mevcut olamayacağı zannedilir. Hâlbuki sorumluluğun, son derece sübjektif ve bu nedenle belirsiz bir kavram olan kusurdan başka birçok dayanağa sahip olması da pekâlâ mümkündür⁷⁰.

Kusursuz sorumluluğun ilk dayanağı, özellikle bazı Fransız yazarların öne sürdüğü *sebepe olma (illiyet bağı, principe de causalité) görüşüdür*. Bu görüş sorumluluğu, “serbest hareket etmenin bedeli” olarak görür⁷¹. Bir serbestî içerisinde hareket etmekte olan her şahıs, davranışları neticesinde bir zarar meydana gelmişse, içinde bulunduğu serbestînin karşılığı olarak sebep olduğu zararı tazmin etmelidir⁷².

Sebepe olma görüşü, mâlî sorumluluğun amacının, kişiyi cezalandırmaktan ziyade zarar görenin zararının tazmin edilmesi olduğunu vurgular. Buna göre zarar gören taraf tazminatı, zarara yol açan fiilin kusurluluğundan bağımsız bir şekilde hak etmektedir. Ayrıca bu görüş, sebep-sonuç ilişkisinin dolaylı biçimlerini de kapsayarak, kişinin kendi fiili kadar emrindeki kişilerin / şeylerin sebep olduğu zararlardan da sorumlu tutulabileceğini öngörmektedir⁷³.

Kusursuz sorumluluk hâllerinin birçoğunu temellendiren diğer bir düşünce, *yarar-zarar dengesi görüşüdür*. Bu görüş, bir faaliyetten / şeyden yararlanan kimsenin, o faaliyetten / şeyden kaynaklanan zararları da üstlenmesi gerektiğini ifade eder⁷⁴. Ahmed Cevdet Paşa’nın İslâm fıkıhı ilkelerine göre hazırladığı ve Osmanlı döneminde yürürlükte olan *Mecelle-i*

⁶⁹ İMRE, s. 1498.

⁷⁰ KOÇİSARLIOĞLU, s. 241.

⁷¹ ÇAĞLAYAN, *Sorumluluk*, s. 146.

⁷² Saleilles, Fransızcadaki “bardakları kıran bedelini öder” (*qui casse les vers les paye*) darb-i meselini bu görüşü özetlemek için kullanmaktadır, bkz. İMRE, s. 1529.

⁷³ KOÇİSARLIOĞLU, s. 243.

⁷⁴ TANDOĞAN, *Sorumluluk*, s. 5; KOÇİSARLIOĞLU, s. 246. “(...) İşte bu gibi tehlike taşıyan hizmetlerde araç ve gereçlerden sağlanan yarar nasıl ki bunların sahibine ait oluyorsa, doğan zararlarda sahiplerine ait olmalıdır şeklinde ifade edilebilecek risk ilkesinin bir gereği olarak davacıların uğradığı zararların hizmetin sahibi idarece karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır(...)” AYİM kararı, aktaran: YAMAN, s. 91 vd. (Eserde kararların tarih ve numaralarına yer verilmemiştir).

Ahkâm-ı Adliye'nin 87. maddesi, “*mazarrât, menfaat mukâbelesindedir*”⁷⁵ hükmüyle bu yaklaşımı veciz bir şekilde özetlemektedir.

Yukarıda anlatılanlara benzer bir yaklaşım olan *tehlike görüşü*, nitelik veya nicelik itibarıyla büyük zararlara yol açma potansiyeline sahip araç-gereç veya faaliyetlere sahip olan / bunları yürüten şahısların, doğması muhtemel zararlara katlanması gerektiğini ifade eder. Buna göre tabiatı icabı tehlike arz eden faaliyetlerden faydalananlar, herhangi bir kusur araştırması yapılmaksızın (kusurları olmasa bile) bu faaliyetlerden doğan zararları karşılamak durumundadırlar⁷⁶.

Hakkaniyet, kusursuz sorumluluğu temellendiren başka bir kavramdır⁷⁷. Aristoteles'ten günümüze kadar gelen, “*hakkaniyet, doğru ve haklı görünendir*” ifadesi, açık ve belirgin olmamasına rağmen üzerinde en fazla mutâbık kalınan hakkaniyet tarifidir. Yapılan bu tarife göre hakkaniyet, somut bir olayda, hâlin icabı ve tarafların vaziyeti nazara alınarak adalet duygusunu en uygun şekilde tatmin edecek bir çözüm bulunmasını gerektirir⁷⁸. Bir kimse, kusuru bulunmadığı hâlde yalnızca hakkaniyet prensibi gereği zararın tamamını veya bir kısmını karşılamak durumunda kalabilir. Hemen herkes tarafından bilinen *zengin deli – fakir köylü* ikilemi, hakkaniyete dayanan kusursuz sorumluluğun en güzel örneğidir. Buna göre temyiz

⁷⁵ Mecelle ve Ahmed Cevdet Paşa hakkında daha detaylı bilgi için bkz. ŞİMŞİRGİL, Ahmet / EKİNCİ, Ekrem Buğra; **Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle**, İstanbul 2007.

⁷⁶ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 253; ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 147-148; TANDOĞAN, **Sorumluluk**, s. 5; ATEŞ, Mustafa; “Çevre Kanununa Göre Çevre Kirlenmesinden Doğan Hukukî Sorumluluk”, **Ankara Barosu Dergisi**, sayı: 1995/2, s. 70.

⁷⁷ İdarî yargı yerleri, idarenin tazmin yükümlülüğüne hükmettikleri birçok kararda sorumluluğu kusura değil, hakkaniyet ve nesafete dayandırmaktadır: “*Olayların gelişmesinde idareye atfi kabil herhangi bir kusurun bulunup bulunmadığı, davanın niteliği bakımından haiz-i ehemmiyet görülmemiştir. Can ve mal güvenliğinin sağlanması devletin başta gelen görevlerinden olduğuna göre, bu olaylarla hiçbir ilgisi bulunmayan davacının uğradığı zararın idarece tazmin edilmesi hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir.*” (D.12.D., 06.11.1971, E.69/1746, K. 71/2478, aktaran: ESİN, **Esas**; s. 163). “*(...) kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın zarar gören üzerinde bırakılmayarak topluma yayılması adalet, eşitlik, hakkaniyet esaslarına uygun düşeceğinden davacının zararlarının bu esaslara göre karşılanması gerekeceği sonucuna ulaşılmıştır.*” (AYİM 2. D., 11.12.2002, E. 2001/440, K. 2002/979, **AYİMD**, sayı: 18, kitap: 2, s. 858–861.) Benzer kararlar için bkz. AYİM 2. D., 25.12.2002, E. 2001/767, K. 2002/982, **AYİMD**, sayı: 18, kitap: 2, s. 855–858; AYİM 2. D., 03.12.2001, E. 2001/205, K. 2001/902, **AYİMD**, sayı: 17, s. 1172–1175; AYİM 2. D., 21.03.2001, E. 2000/52, K. 2001/360, **AYİMD**, sayı: 16, s. 656–659; AYİM 2. D., 04.12.1996, E. 96/200, K. 96/1022, **AYİMD**, sayı: 12, s. 1039–1042.

⁷⁸ ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 148.

kudretine sahip olmayan bir şahsa bile, taraflar arası malî dengenin gözetilmesi ve hakkaniyetin sağlanması amacıyla sorumluluk yüklenebilir⁷⁹.

Birçok kusursuz sorumluluk hâlinin esasını oluşturan başka bir yaklaşım, *hâkimiyet alanı görüşü*dür. Herkes, hâkimiyeti altındaki kişileri / şeyleri denetleme ve gözetleme imkânına sahiptir. Hatta bir imkânın ötesinde bu gözetim ve denetim, kişiyi / şeyi hâkimiyetinde bulunduran şahsın görevi olarak da görülebilir. Hâkimiyet alanı görüşü, bahsedilen gözetim ve denetim imkânına / yükümlülüğüne istinaden, kişilerin -kusurları bulunmasa da- hâkimiyetleri altındaki kişilerden / şeylerden doğan zararları da karşılaması gerektiğini ifade eder. Buna göre örneğin bir hayvan sahibi, hayvanının başkasına verdiği zararlardan –ortada kendisinin kusurlu bir fiili bulunmasa dahî- herhangi bir kusur araştırması yapılmaksızın sorumlu tutulacaktır⁸⁰.

“Hukuka aykırılık” kavramını objektif yaklaşıma göre değerlendiren bazı yazarların savunduğu *hukuka aykırılık görüşü*, kusurdan bağımsız ve davacıdan ayrıca ispatı beklenen bir unsur olarak hukuka aykırılığın birçok kusursuz sorumluluk hâlinin temelinde yer aldığını öne sürmektedir. Bu yaklaşımın, hâkimiyet alanı düşüncesiyle kaynaşmasından doğan objektif özen yükümlülüğü görüşü ise, kanunla bir şeye / kişiye özen gösterme ödevi yüklenen şahsın, bu ödevini yerine getirmemesi hâlinde kusuru bulunmasa bile sorumlu tutulmasını öngörür⁸¹.

Hukuk, bireysel ve toplumsal menfaatleri “hak” çerçevesi etrafında dengelemeyi amaçlar. Bu yüzden kimi zaman hukuk düzeni, bazı menfaatleri diğerine göre üstün kabul ederek, düşük saydığı menfaatin sahibini zarar verici müdahalelere katlanmak durumunda bırakır⁸². Müdahale “hukuka uygun” olsa bile, maruz kalan açısından bir zarar ortaya çıkar. Bu durumda hukuka uygun müdahaleden zarar gören kişinin, uğradığı zararın karşılanmasını üstün tutulan menfaatin sahibinden veya toplumdan /

⁷⁹ Türk Borçlar Kanunu madde 65: “Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir”.

⁸⁰ ÇAĞLAYAN, *Sorumluluk*, s.148-149; KOÇHİSARLIOĞLU, s. 268; TANDOĞAN, *Sorumluluk*, s. 5.

⁸¹ TANDOĞAN, *Sorumluluk*, s. 5-6; ÇAĞLAYAN, *Sorumluluk*, s. 149-150.

⁸² KARAHASAN, Mustafa Reşit; *Sorumluluk Hukuku*, (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), Ankara 2003, s. 597.

devletten talep edebilmesi gerekir. Kusursuz sorumluluğun başka bir temeli olan *fedâkârlığın denkleştirilmesi* görüşü, bahsedilen talep hakkını kusurdan bağımsız bir biçimde kurgulamakta ve paylaşırma ilkesinden hareket etmektedir⁸³.

Görüldüğü üzere kusursuz sorumluluk, “kusur” kavramından arınmış olmakla birlikte, asla dayanaksız bir sorumluluk türü değildir. Bilâkis, çağımızdaki gelişmeler ve kusur ilkesinin yetersizliği düşünüldüğünde, kusursuz sorumluluğun hakkaniyet ve adalet duygularının tatmini açısından fazlasıyla işlevsel ve bu yüzden de gerekli bir müessese olduğu anlaşılmaktadır. Kusursuz sorumluluğun teorik esasına dâir; *anormallik görüşü*, *garanti görüşü* ve *hukukî alan görüşü* gibi birçok başka yaklaşım da bulunmaktadır. Ancak bu yaklaşımlar, yukarıda açıklanan görüşlerin biri yahut birkaçının türevinden oluştuğu için bunların tafsilatına girilmeyecektir⁸⁴.

B. ÖZEL HUKUKTA KUSURSUZ SORUMLULUK

Bugün bilinen mânâsı ve uygulamasıyla her ne kadar 19. yüzyıldan sonra kabul görmüş olsa da, kusursuz sorumluluğun özel hukuktaki temelleri aslında Roma Hukuku’nun klâsik dönemine kadar uzanmaktadır. Iustinianus dönemiyle birlikte küçük istisnalar dışında kusursuz sorumluluk esası bütünüyle terk edilmiş⁸⁵ ve sonrasındaki yaklaşık on beş asırlık zaman dilimi, özel hukuk için âdeta bir “kusur sorumluluğu çağı” olmuştur. Sorumlulukta kusur esasının bu uzun hâkimiyetinden sonra, yukarıda bahsedilen gelişmeler ve ihtiyaçlar muvacehesinde, başta medeni hukuk ve borçlar hukuku olmak üzere özel hukukun bütün alanlarında kusursuz sorumluluk hâlleri giderek artan bir biçimde kendine yer bulmaya başlamıştır.

⁸³ ULUSAN, İlhan; “Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, *İÜHFM*, Yıl: 77, Cilt: 43, Sayı: 1-4, s.101-130; KOÇİSARLIOĞLU, s. 264;

⁸⁴ Bu görüşlerin açıklanması için bkz. ÇAĞLAYAN, *Sorumluluk*, s. 149-150; TANDOĞAN, *Sorumluluk*, s. 5-6; KOÇİSARLIOĞLU, s. 283.

⁸⁵ ZİLELIOĞLU, Hilâl; “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, *AÜHFD*, Yıl: 1987, Cilt: 39, Sayı: 1-4, s. 241.

Özel hukukun temel ilkelerinin vaz'edildiği Medenî Kanun'da birçok kusursuz sorumluluk hâline yer verilmiştir. Bu hâllerden ilki, 369. maddede düzenlenen *ev başkanının (aile reisinin) sorumluluğudur*⁸⁶. Hakkaniyet ve objektif özen ödevi ilkesine dayanan bu sorumluluk türünde aile başkanı – temyiz kudreti bulunmasa bile- herhangi bir kusuru aranmadan sorumlu tutulmaktadır. Bununla birlikte kanun koyucu ev başkanına, gereken dikkat ve özeni gösterdiğini veya bu ödev yerine getirilmiş olsa da zararın yine meydana geleceğini ispatlaması koşuluyla sorumluluktan kurtuluş imkânı tanımıştır⁸⁷.

Taşınmaz mâlikinin sorumluluğu, Medenî Kanun'da karşılaşılan ikinci kusursuz sorumluluk türüdür⁸⁸. Bu düzenlemenin amacı, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının aşkın bir şekilde kullanılarak diğer kişiler üzerinde zarar yahut zarar tehlikesi doğurmasının önüne geçmektir. Herhangi bir kurtuluş imkânı tanınmayan bu sorumlulukta, mâlikin kusurlu olup olmadığı önem arz etmemekte, taşınmazın aşkın kullanılmasından ibaret olan hukuka aykırılık durumu mâlikin sorumlu tutulması için yeterli sayılmaktadır⁸⁹. Bu sorumluluk türünde, yukarıda bahsedilen *hukuka aykırılık* ve *tehlike* görüşlerinin iç içe geçtiği görülmektedir.

Medenî Kanun'da devletin kusursuz sorumluluğunu öngören hükümler de yer almaktadır. Bunlar, devletin kişisel sicillerin tutulmasından⁹⁰ ve tapu

⁸⁶ Maddenin ilk iki fıkrasının metni şu şekildedir: “*Ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur. Ev başkanı, ev halkından akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunanların kendilerini ya da başkalarını tehlikeye veya zarara düşürmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.*”

⁸⁷ ÖZBEK, Zeynep Uyar, **Türk Hukukundaki Kusursuz Sorumluluk ve Tehlike Sorumluluğu Halleri**, (Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır 2009, s. 43.

⁸⁸ Konuyu düzenleyen 730. madde hükmü şu şekildedir: “*Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir. Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir.*”

⁸⁹ ABİK, Yıldız; “Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu”, **EÜHFD**, yıl: 2010, cilt: XIV, sayı: 3-4, s. 146-147; ÖZBEK, s. 45-46.

⁹⁰ Konuyla ilgili m. 38/1 hükmü şu şekildedir: “*Kişisel durum sicilinin tutulmasından doğan zararlar, kusurlu memura rücu edilmek kaydıyla, Devletçe tazmin edilir.*”

sicilinin tutulmasından⁹¹ doğan sorumluluklarıdır. Aynen taşınmaz mâlikinin sorumluluğunda olduğu gibi bu sorumluluk türünde de herhangi bir kurtuluş imkânı tanınmamakta ve devlet, hukuka aykırı bir şekilde tutulmuş kişisel siciller ve tapu sicilinden doğan zararlardan –devletin veya memurun kusuru bulunmasa da- sorumlu tutulmaktadır⁹².

Borçlar hukukundaki kusursuz sorumluluk (sebeplı sorumluluğu) hâllerini; *hakkaniyet sorumluluğu*, *özen sorumluluğu* ve *tehlike sorumluluğu* olmak üzere üç ana ilke refakatinde incelemek mümkündür. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu, bu ilkelerden yalnızca ilk ikisine ilişkin sorumluluk hâllerini içeriyordu. Tehlike esasının benimsendiği bazı sorumluluk hâlleri ise, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 6326 sayılı Petrol Kanunu ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu gibi birçok özel kanun tarafından düzenlenmekteydi. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, doktrindeki beklentilere ve uygulamadaki ihtiyaca paralel olarak⁹³, tehlike sorumluluğu hâlini de genel bir hükümle düzenlemiş bulunmaktadır.

Hakkaniyet sorumluluğu, Borçlar Kanunu’nda karşılaşılan ilk kusursuz sorumluluk ilkesidir⁹⁴. Buna göre hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda hâkim, temyiz kudreti olmayan şahsın verdiği zararlardan tamamen veya kısmen sorumlu tutulmasına karar verebilir. Kanun henüz tasarı hâlindeyken bu sorumluluğun kapsamı daha geniş tutulmuş ve hakkaniyet ilkesi herkesi kapsayan bir kusursuz sorumluluk türü olarak kurgulanmıştı⁹⁵. Ancak özel hukukta kusur sorumluluğunun esas olduğu ve hukuk güvenliğinin ortadan

⁹¹ Konuyu düzenleyen m. 1007/1-2 hükmü şu şekildedir: “*Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Devlet, zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder.*”

⁹² ÖZBEK, s. 49-51.

⁹³ ÜÇİŞİK, Güzin; “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2009, s. 142-143.

⁹⁴ “Hakkaniyet Sorumluluğu” başlıklı 65. madde metni şu şekildedir: “*Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.*”

⁹⁵ YILMAZ, Süleyman; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebeplı Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler”, **AÜHFD**, 59 (3) 2010, s. 561-562.

kalkacağı gerekçesiyle yöneltlen eleştiriler⁹⁶, hakkaniyet sorumluluğunun yeni kanunda da yalnızca gayri mümeyyizlere münhasır biçimde düzenlenmesine sebep olmuştur.

Borçlar Kanunu'ndaki ikinci kusursuz sorumluluk ilkesi; *özen sorumluluğudur*. Özen ilkesi kanunda; *adam çalıştıranın sorumluluğu*, *hayvan bulunduranın sorumluluğu* ve *yapı mâlikinin sorumluluğu* olmak üzere üç alt sorumluluk türü şeklinde düzenlenmektedir. Bu sorumluluk türleri kişilerin; çalıştırdıkları adam, bulundurdıkları hayvan ve mâlik oldukları yapı üzerinde objektif bir gözetim, denetim ve yönetim ödevi bulunduğunu varsayarak bunlardan doğan zararlardan kusursuz bir biçimde sorumlu olmalarını öngörür. Adam çalıştıranın ve hayvan bulunduranın sorumluluğunda kişi, gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Ancak yapı mâlikinin sorumluluğunda böyle bir imkân söz konusu değildir⁹⁷.

Tehlike sorumluluğu, Borçlar Kanunu'nda tanzim edilen üçüncü kusursuz sorumluluk ilkesidir. Terminolojide *ağırlaştırılmış objektif sorumluluk* adıyla da anılan tehlike sorumluluğunun, özel hukuktaki en ağır sorumluluk hâli olduğu ifade edilmektedir⁹⁸. Bu sorumluluk türünde hukuk düzeni, modern hayatın gerektirdiği bazı tesis ve etkinliklerin bizatihi varlıklarının veya faaliyetlerinin sebep olacağı zararlardan bu tesis ve etkinliklerin sahiplerini / işletenlerini kusurdan bağımsız olarak sorumlu tutmaktadır⁹⁹. Bu özelliğiyle tehlike sorumluluğu, tehlikeli eylemler karşısında hem hukukî hem de fiilî anlamda savunmasız vaziyette bulunan muhtemel kurbanları korumayı amaçlar¹⁰⁰.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, eski Borçlar Kanunu'nda tehlike sorumluluğu konusunda genel bir kural bulunmuyordu. Bununla birlikte tehlike sorumluluğu birçok özel kanunda yer almaktaydı. Ayrıca mahkeme

⁹⁶ KUNTALP, Erden; *Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul 2005, s. 44 vd.

⁹⁷ YILMAZ, s. 564-570.

⁹⁸ ÖZBEK, s. 56.

⁹⁹ ERDOĞAN, Mehmet Şirin / ATALAY, Ezgi; "Tehlike Sorumluluğu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2004/3, s. 27.

¹⁰⁰ DEUTSCH, Erwin; "Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri", (Çeviren: Şeref ERTAŞ), *DEÜHFD*, yıl: 2, sayı: 2, s. 246.

içtihatlarında da hukuk yaratma yoluyla tehlike esasına dayanılıyordu¹⁰¹. Yeni Türk Borçlar Kanunu ise tehlike sorumluluğu konusunda genel bir düzenleme getirerek¹⁰², özel kanunlardaki eksiklikleri ve uygulamadaki boşlukları dolduracak bir hüküm tesis etmiştir¹⁰³.

C. İDARE HUKUKUNDA KUSURSUZ SORUMLULUK

Klâsik devlet, tebaasının hayatında çok sınırlı bir yer tutuyordu. Söz gelimi 16. yüzyılda yaşayan bir Osmanlı köylüsü, “devletin yüzü”yle ancak vergi memurları vasıtasıyla veya savaş dönemlerinde karşılaşabilirdi. Modern devlet ise vatandaşlarının beşikten mezara bütün hayatına girmekte, duvardaki elektrik prizinden sokak tabelalarına, devâsâ barajlardan bir şehri yok edebilecek kudrette bombalara kadar sayısız hizmet alanı ve aracını aynı anda, sürekli ve düzenli olarak işletmekte / kontrolünde tutmaktadır.

Genişleyen kamu hizmeti anlayışı, son yüzyıldaki bilimsel ve teknik gelişmelerle birlikte idarî faaliyetlerin hacmini tahayyül edilemeyecek derecede artırmıştır. Bu vaziyet, idarî faaliyetlerden doğan zararların tazmini hususunda hizmet kusuru yaklaşımını yetersiz kılmakta¹⁰⁴, vatandaşların idare karşısında ispat güçlüğü yaşamasına sebep olmaktadır. İşte bu yüzden, hukuk sükûletlerinin herhangi bir kusur araştırmasına girmeksizin sorumlu tutulabileceğini öngören kusursuz sorumluluk teorisi, ilk önce özel hukukta

¹⁰¹ KORKUSUZ, Refik; “Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2009, s. 158-159.

¹⁰² Kanunun “Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme” başlıklı 71. maddesinin metni şu şekildedir: *“Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır. Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır. Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.”*

¹⁰³ YILDIRIM AKKAYAN, Ayça; “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, **İÜHF**, cilt: LXX, sayı: 1 (2012), s. 206-207.

¹⁰⁴ ESİN, **Esas**, s. 127.

ortaya çıkmasına rağmen idare hukukunda da hızla benimsenmiş ve özel hukuktakinden daha yaygın bir tarzda uygulama alanı bulmuştur¹⁰⁵.

İdarenin kusursuz sorumluluğu; hizmet kusuru anlayışının boş bıraktığı alanlarda vücut bulan idarî işlem ve eylemlerin yargısal denetimini sağladığı için hukuk devleti ilkesinin, vatandaşların idarî faaliyetler karşısında ekonomik açıdan dezavantajlı durumda kalmasını önlediği için sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak görülebilir¹⁰⁶. Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrası, idarenin, eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Bu hükümde idarenin tazmin yükümlülüğünün kusur kavramından bağımsız bir şekilde düzenlenmesi, idarenin kusursuz sorumluluğunun pozitif hukukta da temeli bulunduğunu gösterir¹⁰⁷.

1. İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Özellikleri

Kusursuz sorumluluk teorisi idare hukukunda, bu hukuk dalının kendine has kavram ve kuralları dâhilinde uygulama alanı bulmaktadır. Bu bakımdan idarenin kusursuz sorumluluğunun, onu diğer sorumluluk sebeplerinden ve özel hukuktaki kusursuz sorumluluk hâllerinden ayıran belli başlı özellikleri vardır.

İdare hukukunda kusursuz sorumluluğun ilk özelliği, bu sorumluluk sebebinin hizmet kusuruna nazaran *ikincil / tamamlayıcı (subsidaire)* nitelikte oluşudur¹⁰⁸. Az evvel de bahsedildiği üzere kusursuz sorumluluk, idare hukukunda özel hukuktakinden çok daha geniş bir sahada tatbik edilir. Ancak buna rağmen kusurlu sorumluluk (hizmet kusuru), idarenin sorumluluğu hususunda hâlen asıl ve birincil ilke konumundadır¹⁰⁹. Kusursuz sorumluluğun bu özelliği Fransız öğretisinde “*kusurlu sorumluluk, kusursuz sorumluluğun önüne geçer*” formülüyle anlatılır¹¹⁰.

¹⁰⁵ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetmelik Yargı**, Ankara 2008, s. 303 (Yargı).

¹⁰⁶ ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 125-126.

¹⁰⁷ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 153.

¹⁰⁸ RIVERO, Jean; **Droit Administratif**, Paris 1970, s. 258.

¹⁰⁹ GÖZLER, **İdare**, cilt: II, s. 1071.

¹¹⁰ “*la responsabilité pour faute passe avant la responsabilité sans faute*”, CHAPUS, René; **Droit Administratif Général**, (cilt: I), Paris 2000, s. 1344. GÖZLER, bu ifadeyi “*kusurlu sorumluluk, kusursuz sorumluluktan önce gelir*” şeklinde çevirmektedir. (GÖZLER, **İdare**, cilt: II, s. 1072).

İdare hukukunda kusursuz sorumluluğun tamamlayıcı nitelikte olması, pratikte şu anlama gelir: İdarî faaliyetten kaynaklanan bir zararın tazmini için tam yargı davası açıldığında idarî yargı yeri, evvelâ zararın hizmet kusuru ilkesi¹¹¹ veya başka bir sosyal güvenlik sistemi uyarınca karşılanıp karşılanamayacağına bakacak, eğer bu mümkün değilse ancak o zaman kusursuz sorumluluğa dayanabilecektir¹¹². Nitekim Conseil d'Etat¹¹³ ve Danıştay'ın¹¹⁴ meseleye yaklaşımı da aynı doğrultudadır.

Kusurlu sorumlulukta tazmini istenen zararın ne nitelikte / nicelikte olduğunun herhangi bir önemi yoktur. Başka bir deyişle, idarenin hizmet kusuru ilkesine göre sorumlu tutulabilmesi için yalnızca kusurun varlığına hükmedilmesi yeterlidir. Bunun dışında, zararın nicelik veya nitelik itibarıyla nasıl olduğu -idarenin sorumlu tutulabilmesi bakımından- dikkate alınmaz¹¹⁵. Kusursuz sorumlulukta ise vaziyet bunun tam tersidir. Bu da kusursuz sorumluluğun ikinci özelliğini oluşturur:

İdarenin kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca sorumlu tutulabilmesi için, meydana gelen zararın *anormal* ve *özel* bir zarar olması icap eder¹¹⁶. Burada “anormallik” zararın nesnel büyüklüğüne, “özellik” ise zararın mağdur açısından niteliğine işaret etmektedir. Buna göre kusursuz sorumluluğa hükmedilebilmesi için idarî faaliyetin yol açtığı zarar, sosyal hayatta herkesin katlandığı genel külfetten daha ağır / olağandışı olmalı ve toplumun diğer fertlerinden daha ziyade mağdura yönelmelidir¹¹⁷.

¹¹¹ “Bilindiği üzere ‘tam kazâ’ veya ‘tazminat dâvası’ tesmiye ettiğimiz dâva prensip itibarıyla ‘hizmet kusuru’ esasına dayanmaktadır. Yani idare aleyhine bu gibi bir dâvanın açılabilmesi için, esas itibarıyla, ortada idareye atıf ve izâfesi mümkün bir hizmet kusurunun mevcudiyeti şarttır.” SARICA, Ragıp; “İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları”, **İÜHFM**, cilt: X, sayı: 3-4 (1945), s. 497.

¹¹² ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 152.

¹¹³ Conseil d'Etat'nın ilgili içtihatları hakkında geniş bilgi için bkz. GÖZLER, **İdare**, cilt: II, s. 1071.

¹¹⁴ “İdarenin tazmin sorumluluğu bulunup bulunmadığı saptanırken öncelikle olayda idarenin hizmet kusuru olup olmadığının, hizmet kusuru bulunmaması halinde kusursuz sorumluluğun olayda uygulanıp uygulanamayacağının araştırılması gerekir” D.10.D., 01.07.1998, E. 98/2828, K. 98/3479, (Kazancı Danıştay Kararlar CD'sinden) aktaran: GÖZLER, **İdare**, cilt: II, s. 1072.

¹¹⁵ ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 155.

¹¹⁶ CHAPUS, cilt: I, s. 1337.

¹¹⁷ GÖZLER, **İdare**, cilt: II, s. 1074; CHAPUS, cilt: I, s.1337; ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 155-156.

İdarenin hizmet kusuruna göre sorumlu tutulabilmesi için kural olarak mağdurun; zarar, illiyet bağı gibi unsurların yanında idarenin kusurunu da ispat etmesi gerekir. Kusursuz sorumluluğun uygulandığı durumlarda ise idarenin kusurlu olup olmadığı herhangi bir önem taşımadığından mağdurun ayrıca kusur ispatında bulunması beklenmez¹¹⁸. Bu bakımdan idarenin kusursuz sorumluluğu, kusurun kanıtlanması lüzumunu ortadan kaldırdığı için zarar görenler açısından daha elverişli bir sorumluluk sebebidir.

Hizmet kusuru ilkesine göre idarenin sorumluluğu; zarar görenin kusurunun, üçüncü kişinin davranışının, mücbir sebebin veya beklenmeyen hâllerin etkisiyle azalabilir, hatta tamamen ortadan kalkabilir. İdarenin kusursuz sorumluluğunda ise üçüncü kişinin davranışı ve beklenmeyen hâl, sorumluluk üzerinde azaltıcı / kaldırıcı bir etkiye bulunmaz. Yani kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulandığı durumlarda idare, üçüncü kişilerin davranışını ve beklenmeyen hâlleri gerekçe göstererek zararı tazminden kaçınamaz¹¹⁹. Bu bakımdan idarenin kusursuz sorumluluğunun, kusurlu sorumluluktan daha “tazmin odaklı” kurgulandığı ve zarar görenler itibarıyla daha avantajlı olduğu söylenebilir¹²⁰.

Yukarıda daha ayrıntılı ele alındığı gibi, özel hukukta kusursuz sorumluluk, ev başkanının sorumluluğu ve hakkaniyet sorumluluğu gibi yalnızca kanunla düzenlenen belli başlı konulara / alanlara münhasır bir biçimde uygulanmaktadır. İdare hukukunda ise kusursuz sorumluluk, idarî yargı yerlerinin içtihatları vasıtasıyla ortaya çıkan¹²¹, günbegün genişleyen ve oldukça geniş bir sahada tatbik edilen orijinal bir sorumluluk sebebi hâline gelmiştir¹²².

¹¹⁸ GÖZÜBÜYÜK, **Yargı**, s. 304.

¹¹⁹ CHAPUS, cilt: I, s. 1309.

¹²⁰ ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 155.

¹²¹ Conseil d'Etat'nın 21 Haziran 1895 tarihli *Cames* kararı, kusursuz sorumluluk teorisinin idare hukukundaki özgün serüveninin başlangıç noktası olmak bakımından önemlidir. Bu kararda demir döverken kopan demir parçası sebebiyle sakatlanan bir kamu işçisinin uğradığı zararın idarenin herhangi bir kusuru olmasa da tazmin edileceğine hükmedilmiştir. Kararın metni için bkz. LONG / WEIL / BRAIBANT / DEVOLVE / GENEVOIS; s. 38-42. .

¹²² “İdare hukukunda kusursuz sorumluluk hâli, özel hukukta olduğu gibi istisna olmayıp, en az kusur sorumluluğu kadar yaygın ve önemlidir”, AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 153.

Kusurlu sorumluluğun merkezinde yer alan “kusur” kavramı, esas itibariyle ahlakî bir kınamayı / olumsuzlamayı ifade eder. Başka bir deyişle, bir hukuk süjesinin kusuruna hükmedilerek sorumlu tutulması, aynı zamanda o süjenin ahlâken kınandığını da gösterir. İdarenin kusursuz sorumluluğu ise değer yargılarından tamamen soyutlanmış¹²³ ve bizatihi zararın karşılanmasına yönelmiştir. Bu bakımdan idare hukukunda kusursuz sorumluluk, herhangi bir kıymet hükmü içermediği için *tarafsız (nötr)*, fâilin iç dünyasından / kusurundan ziyade ortaya çıkan somut zarara odaklandığı için *nesnel (objektif)* bir sorumluluk hâlidir¹²⁴.

Fransız öğretisinde idarenin kusursuz sorumluluğunun usûl hukuku açısından da özellik arz ettiği vurgulanmakta ve bu doğrultuda kusursuz sorumluluğun *kamu düzeninden* olduğu ifade edilmektedir¹²⁵. Yargılama hukukunda bir konunun kamu düzeninden olması, o hususun davanın her aşamasında ileri sürülebileceği ve hâkim tarafından da re’sen dikkate alınabileceği anlamına gelir. Buna göre eğer bir davada kusursuz sorumluluk hâli bulunuyorsa bu durum hem taraflarca dava sonuna kadar gündeme getirilebilecek, hem de hâkim kusursuz sorumluluk hâline kendiliğinden itibar edebilecektir.

Türk hukukunda idarî yargılama usûlünü düzenleyen 2577 sayılı kanunun 20. maddesi, mahkemelerin her türlü incelemeyi re’sen yapacaklarını hükme bağlamıştır. Bu bakımdan kusursuz sorumluluğun kamu düzeninden kabul edilmesinin, ülkemizdeki idarî yargılama usûlü açısından ayrı bir özellik arz ettiği söylenemez. Zira yalnızca kusursuz sorumluluk hâli değil, idarî davalara ilişkin diğer konular da yargılamanın her aşamasında ele alınabilecek ve hâkimlerce kendiliğinden araştırılabilecektir.

2. Kusursuz Sorumluluk İlkeleri

Türk doktrinde idarenin kusursuz sorumluluğunun istinat ettiği ilkeler bakımından çok çeşitli telâkkiler bulunmaktadır. Bu doğrultuda kusursuz

¹²³ GÖZLER, *İdare*, cilt: II, s. 1073.

¹²⁴ CHAPUS, cilt: I, s. 1309.

¹²⁵ CHAPUS, cilt: I, s. 1309.

sorumluluk ilkeleri farklı tarzlarda sınıflandırılmakta ve her bir ilke için değişik isimlendirmeler kullanılmaktadır.

ONAR, idarenin kusursuz sorumluluk sebeplerini “idarî hasar (risk)”, “sebepsiz iktisap” ve “hukukî eşitlik” başlıkları altında inceler¹²⁶. SARICA da benzer bir şekilde “hasar”, “sebepsiz iktisap”, “hakkaniyet-nesafet” ve “hukukî müsavat” sınıflandırmasını kullanır¹²⁷. DURAN, idarenin kusursuz sorumluluğunu “imkân ve fırsat eşitliği” ilkesiyle açıklarken¹²⁸; BAŞPINAR, ÖZYÖRÜK ve DERBİL, idarenin hizmet kusuru dışındaki sorumluluğunun esas itibarıyla “hasar / idarî risk / muhatara” ilkesine dayandığını belirtir¹²⁹. ESİN, konuyu “idarî hasar”, “sebepsiz iktisap”, “sosyal hasar” ve “kamu personelinin göreve ilişkin eylemlerinden doğan kusursuz sorumluluk” başlıklarıyla kategorize eder¹³⁰. EROĞLU, idarenin kusursuz sorumluluğunu “hasar”, “sebepsiz iktisap” ve “sosyal hasar” esaslarına dayandırır¹³¹. GİRİTLİ ve BİLGİN’e göre ise bu sorumluluk, “hukukî eşitlik” ilkesi ile açıklanabilir¹³².

İdarenin kusursuz sorumluluğu konusunda ikili sınıflandırmaya yönelen birçok yazar ise, “tehlike / risk / hasar” ve “kamu külfetleri karşısında eşitlik / fedakârlığın denkleştirilmesi” kavramları üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu cümleden olarak GÖZÜBÜYÜK ve TAN, “hasar” ve “kamu külfetleri karşısında eşitlik” isimlendirmesini kullanırken¹³³, DÜREN aynı ilkeleri “tehlikelilik” ve “fedakârlığın denkleştirilmesi” şeklinde “hasar teorisi”nin alt başlıkları olarak incelemektedir¹³⁴. YAYLA, söz konusu ilkeleri “tehlikelilik” ve “külfetlerde eşitlik – hakkaniyet esası” biçiminde adlandırmakta¹³⁵, GÜNDAY¹³⁶ ve ULUSAN¹³⁷ ise aynı ilkeler için “tehlike” ve “fedakârlığın

¹²⁶ ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, İstanbul 1966, cilt: II, s. 1709.

¹²⁷ SARICA, Ragıp; **İdarî Kaza**, İstanbul 1949, s. 233 vd.

¹²⁸ DURAN, **Türkiye İdaresinin**, s. 16, 25-26.

¹²⁹ BAŞPINAR, Recep; “Tam Yargı Davaları”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara 1986, s. 489; ÖZYÖRÜK, Mukbil; **İdare Hukuku Ders Notları** (Teksir), Ankara 1973, s. 238-239; DERBİL, Süheyy; **İdare Hukuku**, Ankara 1959, s. 233.

¹³⁰ ESİN, **Esas**, s. 131.

¹³¹ EROĞLU, Hamza; **İdare Hukuku**, Ankara 1985, s. 497-504.

¹³² GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev; **İdari Kaza** (Teksir), İstanbul 1972, s. 60.

¹³³ GÖZÜBÜYÜK / TAN, cilt: I, s. 871-872.

¹³⁴ DÜREN, Akın; **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara 1979, s. 311.

¹³⁵ YAYLA, **İdare**, s. 366-368.

¹³⁶ GÜNDAY, **İdare**, s. 379-382.

denkleştirilmesi” isimlerini tercih etmektedir. ATAY da kusursuz sorumluluk ilkeleri konusunda aynı sınıflandırmayı benimseyerek “tehlike veya risk ilkesi” ve “kamu külfetleri karşısında eşitlik (hakkaniyet – nesafet) ilkesi” başlıklarına yer vermektedir¹³⁸. GÖZLER, idarenin kusursuz sorumluluğunu “risk sorumluluğu” ve “kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından dolayı sorumluluk” olmak üzere iki alt bölüme ayırarak tetkik etmektedir¹³⁹. ÇAĞLAYAN, temelde “risk ilkesi gereğince sorumluluk” ve “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi” ayrımını kullanırken, çevre kirliliği nedeniyle sorumluluk, yasama faaliyetinden dolayı sorumluluk gibi bazı hususları “özellik arz eden bazı sorumluluk sebepleri” başlığıyla ayrıca ele almaktadır¹⁴⁰. AKYILMAZ, SEZGİNER ve KAYA, “risk ilkesi” ve “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi” şeklindeki ikili sınıflandırmayı esas almakla beraber¹⁴¹, “sosyal risk”in üçüncü bir kusursuz sorumluluk ilkesi olarak değerlendirilebileceği kanaatindedir¹⁴².

İdarenin kusursuz sorumluluğunun hangi ilkelere dayanacağı konusunda Türk yargı yerlerinin oturmuş bir kavramsal çerçeveye sahip olmadığı görülmektedir. Danıştay, kusursuz sorumluluğa hükmettiği bazı kararlarda hiçbir ilkeden bahsetmeyip, yalnızca idarenin kusursuz sorumluluğunun “hukukun genel prensibi” olduğunu belirtmekle iktifa ederken¹⁴³, bazı kararlarda ise “adalet”, “risk”, “kamu külfetleri karşısında eşitlik”, “hakkaniyet” ve “nesafet” gibi kavramlara sathî bir biçimde

¹³⁷ ULUSAN, İlhan; **Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, İstanbul 1977, s. 21.

¹³⁸ ATAY, **İdare**, s. 740 ve 751.

¹³⁹ GÖZLER, **İdare Hukuku**, s. 762 ve 771.

¹⁴⁰ ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 255, 340 ve 361.

¹⁴¹ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 153.

¹⁴² AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 155.

¹⁴³ “...İdare kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında fertlere vermiş olduğu zararları tazmin ile yükümlüdür. Hatta bu zarar idarenin hizmet kusurundan doğmamış olsa bile objektif dediğimiz kusursuz sorumluluk esasına göre idarenin bu zararları zarar görenlere tazmin etmesi hukukun genel kaidelerinden biridir...” D.12.D., 31.05.1977, E. 76/179, K. 77/1454, aktaran: ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 254.

değmektedir¹⁴⁴. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin kararlarının da aynı ölçüde bir belirsizlik içerdiği söylenebilir¹⁴⁵.

Fransız doktrini, idarenin kusursuz sorumluluğunun ilkeler bazında incelenmesi bakımından oturmuş bir sistematığe sahiptir. Bu ülkedeki yazarların neredeyse tamamı, “risk sorumluluğu” (*la responsabilité pour risque*) ve “kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından doğan sorumluluk” (*la responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques*) şeklindeki ikili sınıflandırmayı benimsemektedir¹⁴⁶. Bu durum ve Türk doktrininin aynı istikametteki güncel eğilimi dikkate alınarak, çalışmamızda idarenin kusursuz sorumluluğu, “risk ilkesi” ve “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi” olmak üzere iki başlık altında açıklanacaktır. Çalışmamızın esas konusu olan sosyal risk ilkesi ise, takip eden bölümlerde ele alınacak ve bu ilkenin müstakil bir kusursuz sorumluluk ilkesi teşkil edip etmediği ayrıca tartışılacaktır.

a. Risk İlkesi

Bazı idarî faaliyetler; gerek faaliyetin kendisi, gerekse bu faaliyette kullanılan araçlar bakımından tehlike arz edebilirler. Bununla birlikte bu faaliyetlerden (örneğin itfaiye hizmeti) idarenin vazgeçmesi de mümkün olmayabilir¹⁴⁷. Risk ilkesi; idarenin yaptığı bu tehlikeli faaliyetler yahut kullandığı tehlikeli araçlar sebebiyle vücuda gelen zararlardan –hiçbir kusuru bulunmasa bile- sorumlu tutulmasını öngörür¹⁴⁸.

İdare hukuku uygulamasına özel hukuktan transfer edilen bu ilkenin¹⁴⁹, kusursuz sorumluluğun teorik temelleri arasında yer alan *tehlikelilik*, *zarar-zarar dengesi* ve *hâkimiyet alanı* görüşlerini yansıttığı söylenebilir. Zira risk ilkesinde, idarenin gözetim ve denetimi altındaki tehlikelilikten doğan

¹⁴⁴ DURAN, *Türkiye İdaresinin*, s. 48-50.

¹⁴⁵ YAMAN, Murat; “Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları”, *AYİMD*, Ankara 2003, sayı: 18, s. 91 vd.

¹⁴⁶ LOMBARD, s. 501.

¹⁴⁷ ATAY, *İdare*, s. 740.

¹⁴⁸ GÖZLER, *İdare*, cilt: II, s. 1075.

¹⁴⁹ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 153.

zararların, bu tehlikeli faaliyetten / araçtan faydalandığı kabul edilen kamuya yükletilmesi söz konusudur.

İdarî yargı yerleri, her idarî faaliyetin –az ya da çok- bir risk içerdiği kabulüyle kusursuz sorumluluk alanının haddinden fazla genişletilmesini engellemek için, risk sorumluluğuna hükmederken bazı ölçütler tespit etme yoluna gitmiştir¹⁵⁰. Buna göre idarenin risk ilkesine göre sorumlu tutulabilmesi için evvelâ meydana gelen zararın *olağanüstü* bir zarar olması gerekir¹⁵¹. Bu minvâlde Conseil d'Etat, risk ilkesince tazmin edilecek zararın “kamu hizmetinin sağladığı avantajların karşısında normal olarak katlanması gereken külfetleri aşan bir ağırlıkta” olması gerektiğine hükmetmektedir¹⁵².

Herkesin karşılaşılabileceği alelâde risk hâlleri, idarenin risk ilkesince sorumlu tutulabilmesi için yeterli değildir. Risk sorumluluğuna konu olan risk, anormal ve hususî bir nitelik arz etmelidir. Kusursuz sorumluluğa hükmetmek için aranan bu nitelik; “istisnaî”, “olağanüstü” veya “özel risk” olarak da adlandırılmaktadır¹⁵³.

İdarenin risk ilkesince sorumluluğu, bir kusursuz sorumluluk hâli olmak itibarıyla her türlü kusur fikrinden arınmış¹⁵⁴ ve esas itibarıyla objektif bir karakter kazanmıştır¹⁵⁵. Bunun tabii sonucu, kusuru ispatlama gereğinin ortadan kalkmasıdır. Eğer istisnaî risk içeren bir idarî faaliyet olağanüstü ağırlıkta bir zarara sebep olmuşsa, artık bu zararın idareye yükletilmesi için kusur araştırmasına hiç girilmeyecek, zarar gören idarenin kusurunu kanıtlayamıyor olsa da tazminata hak kazanacaktır. Ayrıca bu noktada idarenin kusursuzluğunu ispat etmesi, sorumluluktan kurtulması bakımından hiçbir önem taşımayacaktır¹⁵⁶.

¹⁵⁰ ESİN, *Esas*, s. 132.

¹⁵¹ GÖZLER, *İdare*, cilt: II, s. 1076.

¹⁵² CE, 24 Juin 1949, *Consorts Lecomte*, LONG / WEIL / BRAIBANT / DEVOLVE / GENEVOIS; s. 415-421.

¹⁵³ CHAPUS, cilt: I, s. 1311; ÇAĞLAYAN, *Sorumluluk*, s. 257.

¹⁵⁴ ÖZKARSLI, Oğuz; *İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Risk İlkesi*, (Yüksek Lisans Tezi), Afyonkarahisar 2008, s. 69.

¹⁵⁵ ESİN, *Esas*, s. 132.

¹⁵⁶ GÖZLER, *İdare*, cilt: II, s. 1078.

Özellikleri yukarıda açıklanan sûretle somutlaşan risk ilkesinin kapsamına giren durumlar, aşağıdaki gibi özetlenebilir:

(1) Tehlikeli şeylerin kullanımı

“Tehlikeli şeyler” tabiri, idarî faaliyette kullanılan ve bünyesinde muayyen bir tehlike içeren araç-gereç veya maddeleri ifade eder. Tehlikeli şeylerin kullanımı neticesinde ortaya çıkan zararın, idarenin risk ilkesince kusursuz sorumluluğuna yol açacağı kabul edilir¹⁵⁷. Ancak zarara yol açma potansiyeline sahip her şeyin -risk sorumluluğunun ölçütleri muvacehesinde- “tehlikeli” addedilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla ne gibi “şey”lerin risk ilkesi kapsamında yer alacağının ve hangi durumlarda kusursuz sorumluluğa gidileceğinin tespiti, hukukî güvenliğin sağlanması bakımından elzemdir¹⁵⁸.

Fransız öğretisi ve yargı içtihatlarında tehlikeli şeyler sistematik bir biçimde tespit edilmiş ve bir katalog oluşturulmuştur¹⁵⁹. Bu sistematik esas alınacak olursa; patlayıcı maddeler, tehlikeli âlet ve silâhlar, bayındırlık tesisleri, sağlık hizmetleri ve taşıtların “tehlikeli şeyler” kapsamında görüldüğü ve bunların yol açtığı istisnaî zararların idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektireceği söylenebilir¹⁶⁰.

Türk hukukunda tehlikeli şeylerin neler olduğu konusunda herhangi bir listeleme faaliyeti yapılmamıştır. Bununla birlikte Danıştay, bir helikopterin havada infilâk etmesi, kopan elektrik telinin kişinin ölümüne sebep olması¹⁶¹ ve polis panzerinin fren arızasından dolayı bir kişiyi ezmesi¹⁶² gibi durumlarda idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmektedir.

¹⁵⁷ ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 258.

¹⁵⁸ CHAPUS, cilt: I, s. 1311-1312.

¹⁵⁹ Bu sistematığın ayrıntıları ve ilgili Conseil d’Etat kararları için bkz. KEVEK GÖĞ, Sevdâ; **La Theorie de la Responsabilité Sans Faute de la Puissance Publique en Droit Administratif Français**, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2001.

¹⁶⁰ Fransız hukukundaki bu tehlikeli şeyler listesini hukukumuzda ilk kez GÖZLER aktarmıştır. Bkz. GÖZLER, **İdare**, cilt: II, s. 1078 vd.

¹⁶¹ ESİN, **Esas**, s. 136.

¹⁶² BAL, Yakup / ŞAHİN, Yahya / KARABULUT, Mustafa; **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Ankara 2003, s. 413.

(2) Tehlikeli yöntemler

Bazı durumlarda idarî faaliyette kullanılan araçlar değil, bizatihi yöntem olarak idarî faaliyetin kendisi tehlikelilik arz ederek risk ilkesince kusursuz sorumluluğa yol açabilir. Aynen tehlikeli şeylerde olduğu gibi, tehlikeli yöntemler hususunda da 1956 senesinden itibaren yerleşik bir içtihat geliştirerek meseleyi netleştiren Fransız idarî yargısı olmuştur¹⁶³. Bu içtihatların ışığında mahkûmlar ve akıl hastalarının topluma kazandırılmak üzere salıverilmeleri esnasında verdikleri zararların ve hastalığın tedavisinde son çare olarak kullanılan daha önce denenmemiş tıbbî yöntemlerin yol açtığı zararların “tehlikeli yöntemler” başlığı altında değerlendirilerek idarenin risk ilkesince kusursuz sorumluluğuna sebebiyet vereceğini söylemek mümkündür¹⁶⁴.

(3) Tehlikeli durumlar

Kimi zaman normalde bizzat tehlikeli olmayan ve tehlikeli şeyler kullanılmadan yerine getirilen bir idarî faaliyet, gerçekleştiği koşullar sebebiyle tehlikeli hâle gelerek istisnaî zararlara sebep olabilir. Örneğin Conseil d’Etat’nın bir kararına konu olan bir vakada; hamile bir ilkökul öğretmeni, görev yaptığı okulda ortaya çıkan salgın sebebiyle kızamık olur. Hastalıktan etkilenen bebek, birtakım oluşum bozukluklarıyla dünyaya gelir. Mahkeme bu olayda idarenin risk ilkesince kusursuz sorumluluğuna hükmetmiştir¹⁶⁵.

Görüldüğü gibi normalde öğretmenin yerine getirdiği eğitim-öğretim faaliyeti, “tehlikeli yöntem”lerden biri değildir. Ayrıca bu faaliyette idare, herhangi bir “tehlikeli şey” de kullanmamaktadır. Buna rağmen eğitim-öğretim faaliyetinin hayata geçirildiği ortamın koşulları “tehlikeli bir durum” husûle getirmiş ve böylece istisnaî bir zarar doğmuştur. İşte bu gibi tehlikeli

¹⁶³ LOMBARD, s. 506; CHAPUS, cilt: I, s. 1315; ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 282-285; GÖZLER, **İdare**, cilt: II, s. 1094.

¹⁶⁴ FROMONT, Michel; “La Responsabilité de l’État en Droit Français”, s. 4, <http://www.dgpj.mj.pt/DGPJ/sections/home>, (Erişim: 05.03.2013).

¹⁶⁵ CE, 6 Novembre 1968, *Dme Saulze*, RDCE 1968, s. 550’dan aktaran: KEVEK GÖG, s. 23-24.

durumlarda, herhangi bir kusur araştırmasına girilmeksizin risk ilkesince sorumluluğa gidilmekte ve ortaya çıkan istisnaî zararlar idareye yüklenmektedir.

Tehlikeli durumlardan doğan risk sorumluluğu, kamu görevlisinin şahsına değil, yakınlarına erişen zararlar bakımından söz konusu olmaktadır¹⁶⁶. Kamu görevlisinin bizzat uğradığı zararlar, bir sonraki başlıkta açıklanacak “meslekî risk” kategorisinde mütalâa edilmektedir.

(4) Meslekî riskler

Meslekî risk tabiri, risk ilkesinin meslek kazaları alanındaki yansıması olarak, kamu hizmetinde çalışanların görevi sırasında veya görevleri sebebiyle zarara uğraması hâlini ifade eder¹⁶⁷. Conseil d’Etat, *Cames* kararı ile idareye ait bir tersanede çalışan işçinin demir döverken sakatlanması üzerine herhangi bir kusur araştırmasına girmeden ilgili idareyi tazminata mahkûm ederek meslek kazaları alanında öncü bir içtihatla bulunmuştur¹⁶⁸. Bunun üzerine Fransa’da İş Kazaları Hakkındaki 8 Nisan 1898 tarihli kanun çıkarılarak kamu kesiminde çalışan işçi ve memurlar meslekî risklere karşı güvence altına alınmıştır¹⁶⁹. Bu güvencenin yeterince kapsamlı olmasından ötürü Conseil d’Etat, meslek kazaları dolayısıyla kamu görevlilerinin açtığı davaları reddetmekte,¹⁷⁰ yalnızca kamu görevine geçici veya gönüllü olarak katılanlar açısından bu ilkeyi uygulamaktadır¹⁷¹.

Türk hukukunda da kamu görevlilerinin meslek kazalarından doğan zararlarını karşılamaya yönelik olarak 2330 sayılı Nakdî Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (m.20) ve 2629 sayılı Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağa Adam Hizmetleri Tazminat Kanunu gibi bir dizi yasal düzenleme yapılmıştır. Ancak Danıştay

¹⁶⁶ KÖKSAL, Mustafa; “Risk İlkesinin İdareye Yükllediği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları”, **TBBD**, yıl: 2009, sayı: 85, s. 261.

¹⁶⁷ ATAY, **İdare**, s. 742.

¹⁶⁸ CE, 21 Juin 1895, LONG / WEIL / BRAIBANT / DEVOLVE / GENEVOIS; s. 38-42.

¹⁶⁹ ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 287.

¹⁷⁰ GÖZLER, **İdare**, cilt: II, s. 1099.

¹⁷¹ GÖZLER, **İdare**, cilt: II, s. 1106.

ve AYİM, bu kanunların yeterli bir teminat sağlayamamasından ötürü açılan tazminat davalarını görerek, kanunlar tarafından karşılanamayan zararlar için idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmektedir¹⁷². Örneğin TEDAŞ Adana Elektrik Müessesesinde çalışan bir başmühendisin, kaçak elektrik kullanımıyla mücadele ederken bir fabrika sahibinin azmettirdiği kiralık katiller tarafından vurulması olayında Danıştay, TEDAŞ Genel Müdürlüğü'nün bu zarardan kusursuz sorumlu olduğuna karar vermiştir¹⁷³.

b. Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi

İdarenin kamu yararı amacıyla yerine getirdiği bazı hizmetler, idareye atfedilecek hiçbir kusur bulunmamasına ve bünyesinde hiçbir tehlike içermemesine rağmen belli kişilerin özel zararlara uğramasına sebep olabilir¹⁷⁴. Bu şekilde ortaya çıkan zararların yalnızca zarar görenler üzerinde bırakılması, toplumsal hayatın ortak yükümlülükleri bakımından bir eşitsizliğe yol açar. İdare, bu gibi özel zararlardan, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca herhangi bir kusur araştırmasına girilmeksizin sorumlu tutulmaktadır¹⁷⁵.

Fedakârlığın denkleştirilmesi ismiyle de anılan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi, pozitif hukuktaki temelini Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik prensibinde bulur. Ayrıca Anayasa'nın başlangıç kısmında her Türk vatandaşının nimet ve külfetlerde ortak olduğu

¹⁷² “(...) kamu görevlilerinin hizmet sırasında ve hizmetten doğan bir sebeple uğradıkları zararın idarece karşılanmasının idare hukuku esaslarından olduğu (...)” D.10.D., 16.06.1992, E. 90/3640, K. 92/3033, DD, sayı: 87, s. 542. “(...) uçak kazalarına idare ve kullanan tarafından her türlü tedbir alınsa bile rastlanılmaktadır. Kullanılan aracın hareket kabiliyetinin çok seri olması, elektronik aygıtların çeşitliliği ve görülen fonksiyonun niteliği nedeni ile pilotluk mesleği riskli bir kamu hizmetidir. Aynı zamanda görülen faaliyetlerin bünyesinde mevcut bir tehlikelilik taşıdığından da bahsetmek mümkündür. Bu nedenle idarenin herhangi bir kusuru bulunmasa da bu faaliyet esasında doğan zararları gidermesi hakkaniyet icabıdır.” AYİM kararını aktaran: YAMAN, s. 91 vd. (Eserde kararların tarih ve numaralarına yer verilmemiştir).

¹⁷³ D.10.D., E. 2006/5892, K. 2009/6274 (aktaran: VARLI, Tuncay; “Yaşam Hakkının İhlâl Edildiği Durumlarda İdarenin Hukukî Sorumluluğu Prensibinin Danıştay Uygulamaları”, Yüksek Yargı Organlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi, 2. Yuvarlak Masa Toplantısı, (14-16 Nisan 2010).

¹⁷⁴ GÖZÜBÜYÜK / TAN, cilt: I, s. 872.

¹⁷⁵ LOCHAK, Danièle; “Réflexion sur les Fonctions Sociales de la Responsabilité Administrative”, **Le Droit Administratif en Mutation**, http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/31/daniele_lochak2.pdf_4a07e074e1fdd/daniele_lochak2.pdf, Erişim: 14.01.2013, s. 284.

ifade edilmektedir. O hâlde, kamu hizmetlerinden yararlanan toplumun, bu hizmetler esnasında belli kişilerin diğerlerinden daha dezavantajlı konumda kalmasına mâni olması ve bu kişilerin uğradığı ekstra zararı toplumdaki diğer fertler arasında taksim etmesi gerekir¹⁷⁶.

Hakkaniyet ve nesafet kavramlarıyla birlikte anılan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi, bazı yazarlar tarafından idarenin kusursuz sorumluluğunun genel esası / yegâne ilkesi olarak da kabul edilmektedir¹⁷⁷. Gerçekten de bir olayda idarenin kusuru veya tehlikelilik unsuru bulunmuyorsa, toplumsal dengeyi bozarak adalet duygusunu zedeleyen istisnaî zararların karşılanması için tek yolu bu ilkenin uygulanması gibi görünmektedir¹⁷⁸.

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi, daha çok arızî olmayan, önceden öngörülebilir ve yapılan idarî faaliyetin doğal sonucu olarak ortaya çıkan zararlar bakımından uygulanır¹⁷⁹. Aynen risk ilkesinde olduğu gibi kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinde de idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için ortaya çıkan zarar; *muayyen, doğrudan, özel ve olağanüstü* bir zarar olmalıdır¹⁸⁰.

İdarenin kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca sorumlu tutulduğu başlıca hâller¹⁸¹, kısaca şöyle açıklanabilir:

(1) Bayındırlık işlerinden doğan daimî zararlar

Köprü, baraj, yol, tünel, ağaçlandırma ve çevre düzenlemesi gibi imar faaliyetleri, toplumun geneli için oldukça faydalı hizmetlerdir. Ancak bu faaliyetlerin belli kişiler açısından kalıcı ve olağanüstü zararlar doğurması

¹⁷⁶ ÇAĞLAYAN, *Sorumluluk*, s. 343.

¹⁷⁷ DURAN, *Türkiye İdaresinin*, s. 16, 25-26; ATAY, *İdare*, s. 752; ÖZKARSLI, s. 63-64.

¹⁷⁸ ATAY, *İdare*, s. 752.

¹⁷⁹ GÖZLER, *İdare Hukuku*, s. 772-773.

¹⁸⁰ OSSENBUHL, Fritz; *Staatshaftungsrecht*, München 1991, s. 113-114'ten naklen AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 154-155.

¹⁸¹ Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin Fransız hukukundaki uygulaması ve yargı kararları hakkında daha geniş bilgi için bkz. JEANNEAU, Benoît; *Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Administrative*, Paris 1954, s. 30 vd.

mümkündür¹⁸². Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi, bu noktada uygulama alanı bulmaktadır.

Örneğin yüksek bir dağın üzerinden dolaşarak geçen işlek bir yol üzerinde bulunan dinlenme tesisleri, dağda tünel açılması ve yolun değişmesi sonucunda tamamiyle müşterisiz kalabilir. Bu örnekte tünel açılması, kamu yararını amaçlayan ve hukuka uygun bir idarî faaliyet olmak itibarıyla toplumun geneli için büyük faydalar doğurmuş, ancak aynı zamanda tesis sahiplerinin daimî ve olağanüstü bir zarar görmesine de sebep olmuştur¹⁸³. İşte bu gibi durumlarda idarî yargı yerleri, ortaya çıkan zararın kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca yalnız tesis sahipleri üzerinde bırakılmayarak idare tarafından karşılanması gerektiğine hükmetmektedir¹⁸⁴.

(2) Hukuka uygun idarî işlemler

İdare, hukuka aykırı işlemleriyle bir zarara sebep olduğunda hizmet kusuru ilkesine göre sorumluluğa gidilir. Zira ortada hukuka aykırı ve kınanabilir bir durum vardır. Ancak idare, kimi zaman hukuka uygun işlemleriyle de kişilere zarar verebilir. İşte bu gibi durumlarda kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine başvurularak idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilebilir¹⁸⁵.

¹⁸² Conseil d'Etat'nın bu konudaki ilk içtihadı *Commun de Vic-Fezensac* kararıdır. Bu karara konu olayda, kasaba meydanının yanındaki bir evin çatısına, meydana bulunan çınar ağaçlarının yaprakları dökülerek zarar vermektedir. Bina sahibi bu zararın karşılanması için belediyeye karşı dava açmış, dava sonucunda mahkeme, meydana ağaçlandırmanın kusurlu değil, bilâkis kamu yararını amaçlayan bir faaliyet olduğunu belirtmiş, bununla birlikte çınarlardan hâsıl olan zararın yalnızca bina sahibi üzerinde bırakılmayarak toplum (idare) tarafından karşılanması gerektiğine hükmetmiştir. (Conseil d'Etat, 24 Juillet 1931, RDCE 1931, s. 860'dan naklen CHAPUS, cilt: I, s. 1338.)

¹⁸³ Benzer örnekler için bkz. LOMBARD, s. 512; GÖZLER, **İdare Hukuku**, s. 774-775.

¹⁸⁴ “*Âmme mükellefiyetleri karşısında fertlerin eşitliği, idare hukukunun esaslarından biridir. Bayındırlık işlerinin ifası neticesinde meydana gelen tesis ve eserler topluluğun faydalandığı bir iktisap teşkil ettiğine göre, bu yüzden ferdin zarara uğraması hâlinde bu zarar, topluluğun nef'ine katlanılmış bir fedakârlık niteliği taşıdığı cihetle âmme mükellefiyetleri karşısında eşitlik sağlama için devamlı ve istisnâî karakterde olan ferdî zararları telafi etmek hakkaniyet ve nesaletin icabıdır*...” DDDGK, 16.02.1962, E. 60/177, K. 62/108, DD, sayı: 87-88, s. 77.

¹⁸⁵ GÖZÜBÜYÜK, **Yargı**, s. 313.

Hukuka uygun idarî işlemlerden doğan sorumluluğa örnek olarak; arazisinde arkeolojik kalıntılar bulunan mâlike inşaat ruhsatı verilmemesi¹⁸⁶, şehir içinden geçen yolu ağır vasıta kullanımına kapatan belediye kararı sonucunda bu yol üzerindeki kamyoncu lokantasının zarara uğraması¹⁸⁷ ve imar plânında yapılan değişiklik sebebiyle önceden yeşil alan iken inşaat sahası hâline gelen yerin komşu blok sâkinlerinin zarara uğraması¹⁸⁸ durumları gösterilebilir.

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi, bu iki uygulama alanı dışında kanunlar ve uluslararası anlaşmalardan doğan zararlar konusunda da gündeme gelmektedir¹⁸⁹. ÇAĞLAYAN, bu durumları “özellik arz eden bazı sorumluluk sebepleri” kapsamında ayrı bir başlık altında ele almaktadır¹⁹⁰. Türk hukukunda kanun ve uluslararası anlaşmalardan doğan sorumluluğun uygulamasına çok rastlanmadığı için çalışmamızda bu iki konunun tafsilatına girilmeyecektir.

3. İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Unsurları

Herhangi bir hukuk kişinin sorumluluğu tutulması, birtakım unsurların varlığına bağlıdır. Örneğin bir özel hukuk kişinin haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek için, ortada bir zarar bulunmalı ve söz konusu zarar, bu kişinin hukuka aykırı ve kusurlu bir fiiliyle illiyet bağı içerisinde olmalıdır¹⁹¹. İdarenin kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca sorumluluğuna hükmedilmesi için ise idareye isnadı mümkün bir davranışın illiyet bağı çerçevesinde bir zarar doğurmuş olması gerekir. Daha kısa bir ifadeyle idarenin kusursuz sorumluluğunun unsurları, “idarî davranış”, “zarar” ve “illiyet bağı”dır.

¹⁸⁶ CE, 20 Ocak 1989, *SCI Ville Jacop*, RDCE, 1989, s. 23’ten aktaran: CHAPUS, cilt: I, s. 1369.

¹⁸⁷ CE, 13 Mayıs 1987, *Aldebert*, Da, 1987, no: 380’dan naklen GÖZLER, *İdare Hukuku*, s. 777.

¹⁸⁸ ÖZKARSLI, s. 61-62.

¹⁸⁹ LOMBARD, s. 508; GÖZLER, *İdare Hukuku*, s. 777-778.

¹⁹⁰ ÇAĞLAYAN, *Sorumluluk*, s. 361 ve 371.

¹⁹¹ DEUTSCH, s. 246-254.

a. İdarî Davranış

İdarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, her şeyden evvel ortada idareyle ilişkilendirilmesi, idareye atfedilmesi mümkün bir davranış bulunmalıdır. Başka bir deyişle, herhangi bir idarî davranışın mevcut olmadığı durumlarda idarenin sorumluluğundan söz edilemez¹⁹². Bu idarî davranış, bir idarî işlem olabileceği gibi, idarî işlemin uygulanması esnasında veya herhangi bir idarî işleme dayanmadan gerçekleştirilen bir idarî eylem şeklinde de tezahür edebilir. Ayrıca sorumluluğu doğuran idarî davranışın illâ icraî olması da gerekmez. Yani aynen icraî davranışlar (yapma) gibi ihmâlî davranışlar da (yapmama, hareketsiz kalma) idarenin sorumluluğuna yol açabilir¹⁹³.

İdarî davranışın sorumluluğun bir unsuru (şartı) olarak kabul edilmesi, idarenin tamamen dışında ve idareyle herhangi bir ilişkisi olmayan kişilerin verdikleri zararlardan idarenin sorumlu tutulmamasını gerektirir. Başka bir deyişle, zarar verici davranışın idareye bağlanması mümkün değilse idarenin tazmin borcu doğmaz. Bununla birlikte, kamu hizmetine gönüllü olarak iştirak eden kimselerin bu katılım esnasında gerçekleştirdikleri zarar verici davranışlar “idarî davranış” kapsamında değerlendirilerek idarenin sorumlu tutulmasına sebep olabilir¹⁹⁴. Kamu hizmetlerinin imtiyaz yoluyla özel hukuk kişilerine gördürülmesi hâlinde, bu kişilerin verdikleri zararlar kural olarak idareye bağlanmaz. Ancak imtiyaz sahibi özel hukuk kişinin “aczi” söz konusu olursa idarenin sorumluluğuna gidilebilir¹⁹⁵.

¹⁹² Örneğin bünyesel bir rahatsızlığı sebebiyle aniden hayatını kaybeden bir erin yakınlarının uğradıkları zararın tazmini için açtıkları dava, uğranılan zararlar ilişkilendirilebilecek bir idarî davranışın yokluğu nedeniyle reddedilmiştir. AYİM2.D., 10.11.1996, E. 95/681, K. 96/944 aktaran: ATAY, *İdare*, s. 699.

¹⁹³ GÜNDAY, *İdare*, s. 383; GÖZLER, *İdare Hukuku*, s. 780-781; ÇAĞLAYAN, *Sorumluluk*, s. 158-159; ATAY, *İdare*, s. 698-699.

¹⁹⁴ GÖZÜBÜYÜK / TAN, cilt: I, s. 888.

¹⁹⁵ ÇAĞLAYAN, *Sorumluluk*, s. 162; GÖZÜBÜYÜK / TAN, cilt: I, s. 888; GÖZLER, *İdare Hukuku*, s. 781.

b. Zarar

Zarar, bir hukuk süjesinin maddî veya manevî varlığında iradesi dışında gerçekleşen kayıp ve noksanlardır¹⁹⁶. İdarenin hem kusurlu, hem de kusursuz sorumluluğuna hükmedilebilmesi için ortada gerçek bir zararın olması şarttır¹⁹⁷. Örneğin Conseil d'Etat'nın önüne gelen bir olayda, devlet hastanesine çocuğunu aldırarak üzere başvuran bir kadın, operasyonun başarısız olması sebebiyle çocuğunu dünyaya getirir. Kadının buna binâen idareye karşı açtığı davada idarî yargı yeri, çocuğun doğması neticesinin “zarar” olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir¹⁹⁸. Ancak çocuğun tıbbî bir hatadan veya ebeveynin eksik bilgilendirilmesinden ötürü sakat doğması hâlinde, ortada gerçek bir zararın var olduğu kabul edilerek idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmektedir¹⁹⁹.

İdare hukukunda sorumluluğun esas amacı tazmindir²⁰⁰. Bu bakımdan idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için zararın bilfiil gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi kaçınılmaz (kesin) bir zarar olması gerekir²⁰¹. Fransız hukukunda işe girme imkânını yitirme gibi ciddî şans kayıpları kesin zarar kapsamında mütalâa edilirken, Türk hukukunda bu gibi durumlar sebebiyle idarenin sorumluluğuna hükmetmeme eğilimi vardır²⁰².

Yalnızca hukuken korunan menfaatlere yönelik kayıp ve eksiklikler, idarenin sorumluluğu anlamında bir “zarar” olarak kabul edilebilir. Başka bir deyişle idarenin tazminat borcunun doğabilmesi için, kayıp veya eksikliğe uğrayan kişinin bir hakkının veya meşru bir menfaatinin ihlâl edilmiş olması gerekir²⁰³. Bu bakımdan hazine arazisine yapılan gecekondunun idare

¹⁹⁶ ATAY, *İdare*, s. 685.

¹⁹⁷ LOMBARD, s. 467.

¹⁹⁸ DARCY, Gilles; *La Responsabilité de l'Administration*, Paris 1996, s. 120'den aktaran: ÇAĞLAYAN, *Sorumluluk*, s. 166.

¹⁹⁹ TRUCHET, Didier; *Droit Administratif*, Paris 2008, s. 390'dan aktaran: ATAY, *İdare*, s. 690.

²⁰⁰ CHAPUS, cilt: I, s. 1211.

²⁰¹ LOMBARD, s. 467-468.

²⁰² ÇAĞLAYAN, *Sorumluluk*, s. 167-168.

²⁰³ GÖZLER, *İdare Hukuku*, s. 783.

tarafından yıkılması, gecekondlu sahibinin menfaatini zedelemesine rağmen idarenin sorumluluğu anlamında bir “zarar” teşkil etmez²⁰⁴.

İdarenin sorumluluğuna sebep olan zarar, parayla ölçülebilir nitelikte olmalıdır²⁰⁵. Zira idarî yargı yerleri, idareye emir ve talimat vermekten kaçındıkları için zararın aynen tazminine neredeyse hiç hükmetmemektedir²⁰⁶. Zararın tazmini için aranan bu niteliğin, manevî zararlar açısından bir sorun oluşturduğu söylenebilir. Fransız ve Türk içtihadı, *manevî zararların parayla ölçülebilirliği* ilkesini kabul ederek bu sorunu aşmaya çalışmaktadır²⁰⁷.

İdarenin sorumluluğunu gerektiren zararın buraya kadar anlatılan nitelikleri, idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğu için geçerlidir. İdarenin kusursuz sorumluluğunda “kusur” unsuru (şartı) yer almadığından, bu sorumluluğa hükmetmek için zarar unsurunda bazı ek nitelikler de aranmaktadır. Buna göre idarenin kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca sorumlu tutulabilmesi için, meydana gelen zararın *anormal* ve *özel* bir zarar olması icap eder²⁰⁸. Burada “anormallik” zararın nesnel büyüklüğüne, “özellik” ise zararın mağdur açısından niteliğine işaret etmektedir. Buna göre kusursuz sorumluluğa hükmedilebilmesi için idarî faaliyetin yol açtığı zarar, sosyal hayatta herkesin katlandığı genel külfetten daha ağır / olağandışı olmalı ve toplumun diğer fertlerinden farklı bir biçimde bilhassa mağdura yönelmelidir²⁰⁹.

c. İlliyet Bağı

İdarenin sorumluluğuna hükmedilmesi için yalnızca idarî davranış ve zarar unsurlarının mevcudiyeti yeterli değildir. Bunların yanında; ortaya çıkan

²⁰⁴ GÖZLER, *İdare*, cilt: II, s. 1185.

²⁰⁵ LOMBARD, s. 468.

²⁰⁶ ÇAĞLAYAN, *Sorumluluk*, s. 169-170.

²⁰⁷ ATAY, *İdare*, s. 693.

²⁰⁸ CHAPUS, cilt: I, s. 1337.

²⁰⁹ GÖZLER, *İdare*, cilt: II, s. 1074; CHAPUS, cilt: I, s. 1337; ÇAĞLAYAN, *Sorumluluk*, s. 155-156.

zararın idarî davranışla sebep-sonuç ilişkisi içerisinde olduğu, yani “illiyet bağı”nın varlığı da ispatlanmalıdır²¹⁰.

İlliyet bağı, zarar ile idarî davranış arasında hayatın olağan seyrine uygun ve doğrudan bir ilişkinin bulunması anlamına gelir. Bu bakımdan olayların normal akışı içerisinde beklenmeyen sonuçların illiyet bağı çerçevesinde idarî davranışla ilişkilendirilmesi mümkün değildir²¹¹. Örneğin Danıştay, bir nehrin taşması neticesinde meydana gelen zarar ile idarenin altı yıl önce karayolu yapımı esnasında bu nehrin yatağının bir kısmını doldurmuş olması arasında herhangi bir illiyet bağının bulunmadığına hükmetmiştir²¹². Aynı paralelde Conseil d'Etat, idarî davranış ile zarar arasında doğrudan bir ilişki aramakta, örneğin bir mahkûmun kendisine çıkış izni verildikten altı ay sonra işlediği bir haksız fiilden ötürü idareyi sorumlu tutmamaktadır²¹³.

İdarenin gerek kusurlu, gerekse kusursuz sorumluluğuna hükmedilebilmesi için illiyet bağının varlığı şarttır. Bununla birlikte illiyet bağı, kusursuz sorumlulukta daha fazla önem taşır²¹⁴. Zira kusursuz sorumlulukta herhangi bir kusur araştırması yapılmadığından, idarenin meydana gelen bir zarardan sorumlu tutulması için illiyet bağından başka bir dayanak yoktur. Tazmin yükümlülüğünün yalnızca sebep-sonuç ilişkisi üzerine inşa edilmesi anlamına gelen bu durum, illiyet bağının varlığı ve ispatının kusursuz sorumluluk hâllerinde daha büyük bir ehemmiyet kazandığını göstermektedir.

²¹⁰ GÖZÜBÜYÜK / TAN, cilt: I, s. 889-890.

²¹¹ GÜNDAY, *İdare*, s. 384.

²¹² D.12.D., 14.03.1972, E. 70/2610, K. 72/781, aktaran: ESİN, *Esas*, s. 250-251.

²¹³ CE., 27.03.1985, *Mme Henry*, RFDA 1985, s. 575'ten aktaran: LOMBARD, s. 469.

²¹⁴ ÇAĞLAYAN, *Sorumluluk*, s. 175.

İKİNCİ BÖLÜM

SOSYAL RİSK İLKESİNİN ANLAMI VE MAHİYETİ

I. SOSYAL RİSK İLKESİNİN ANLAMI

Sosyal risk ilkesinin idarenin sorumluluğu içerisindeki yerinin tespit edilmesi ve uygulamadaki görünümünün anlaşılması için öncelikle sosyal risk kavramının ne anlama geldiği ve farklı disiplinlerde ne ifade ettiği bilinmelidir. Bu yüzden ilk başlık altında öncelikle genel bir kavram olarak “sosyal risk”in neler çağrıştırdığından bahsedilecek, daha sonra bir idare hukuku kavramı olarak “sosyal risk ilkesi”, teorik zemini, ortaya çıkışı ve özellikleri bağlamında açıklanacaktır.

A. “SOSYAL RİSK” KAVRAMI

Rönesans İtalyancasındaki *risicare* (cesaret etmek) kökünden gelen²¹⁵ *risk* kelimesi, 15. yüzyılda denizaşırı ülkelere seyahat etmeye başlayan Portekizli merkantilist tüccarlar vasıtasıyla²¹⁶ dünya dilleri arasında yaygın bir kullanıma ulaşmıştır. Zamanla bu kelime, diğer dillerde olduğu gibi Türkçede de “zarara uğrama tehlikesi”²¹⁷ anlamını kazanmıştır. Bu anlamıyla risk kelimesinin hem bir tehlikeyi, hem de bir belirsizliği (olasılığı) ifade ettiği söylenebilir²¹⁸.

“Sosyal risk” kavramı, ilk bakışta sosyal politika ve sosyal güvenlik disiplinlerine ait bir terim olarak göze çarpmaktadır. Bu kapsamda “bireylerin içinde yaşadığı değişen ve dinamik dünyadan çıkan olasılık ağırlıklı

²¹⁵ SENNETT, Richard; **Karakter Aşınması**, Çeviren: Barış Yıldırım, İstanbul 2011, s. 84.

²¹⁶ YALÇINKAYA, Timuçin; “Risk ve Belirsizlik Algılamasının İktisadi Davranışlara Yansımaları”, **Muğla Üniversitesi İİBF Tartışma Tebliğleri**, No:2004/05, Muğla 2004, s. 9.

²¹⁷ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, “risk” maddesi, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> , Erişim: 07.05.2013.

²¹⁸ ÖZGÖKÇELER, Serhat; “Genişleyen Sosyal Politika Disiplininde Sosyal Risk Yönetimi”, [http://www.academia.edu/2326193/Genisleyen_Sosyal_Politika_Disiplininde_Sosyal_Risk_Yone](http://www.academia.edu/2326193/Genisleyen_Sosyal_Politika_Disiplininde_Sosyal_Risk_Yonetimi) timi, Erişim: 30.03.2013, s. 3.

*belirsizlik*²¹⁹ olarak tarif edilen sosyal riske ilişkin başka bir tanım ise şu şekildedir: “*sosyal risk, ne zaman, hangi boyutta ve nasıl gerçekleşeceği bilinmemekle birlikte, ileride gerçekleşmesi muhtemel veya muhakkak olan ve buna maruz kalan kişinin malvarlığında veya gelirinde azalmaya veya bütünüyle eksilmeye yol açan, bütün iktisadi, mesleki ve fiziki (fizyolojik) tehlikelerdir*”²²⁰.

Sosyal risk kavramı, sosyal güvenlik ve sosyal politika disiplinleri açısından hem kurucu, hem de yönlendirici nitelikte bir kavramdır. Zira Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 102 sayılı sözleşmesi dâhil, konuyla ilgili bütün hukukî ve akademik metinlerde sosyal güvenlik politikalarının temel amacının, *sosyal risklerin bireyler üzerindeki etkilerini –bu risklerin toplumsallaştırılması / topluma yayılması suretiyle- gidermek* olduğu kabul edilmektedir²²¹.

IMF ve Dünya Bankası gibi kuruluşlar, ekonomik kriz yaşayan ülkelere dayattıkları “kemer sıkma” politikalarının sebep olacağı toplumsal gerilimler ve kitle hareketlerini bir “sosyal risk” olarak değerlendirme eğilimindedir. Bu kapsamda söz konusu kuruluşlar, 2001 krizi esnasında Türkiye ve Arjantin’de sosyal riskleri azaltmaya yönelik programlar uygulamışlardır. Sosyal riskin IMF ve Dünya Bankası tarafından bu şekilde algılanması, kavramın varlığına yönelik köklü eleştirileri²²² de beraberinde getirmiştir:

*“Çağımızda her şeyin adı değişti; küresel veya ulusal düzeyde, muazzam adaletsizliklerin yaratacağı toplumsal sorunlar ve kızgınlıklara 'sosyal risk' deniliyor. Yani, adaletsizlikte sonuna kadar direnilecek, ta iş 'risk' boyutuna varana kadar! 'Risk' göze alınabilecek tehlike sınırına işaret eden bir terim. Artık, toplumsal eşitsizlikler; insanlığa, toplumsal dayanışmaya, vicdana ilişkin meseleler değil, işleri tıkırında olanların yaşamını tehdit edecek 'tehlikeler' ve bu tehlikelerin sınırına ilişkin meseleler olarak görülüyor.”*²²³

²¹⁹ P. Johnson’un bu tarifini ALCOCK, Pete / MAY, Margaret / ROWLINGSON, Karen; **Sosyal Politika: Kuramlar ve Uygulamalar**, Çeviren: Barış Yıldırım vd., Ankara 2011’den aktaran ÖZGÖKÇELER, s. 3.

²²⁰ SEYYAR, Ali; **Sosyal Siyaset Terimleri**, İstanbul 2002, s. 534.

²²¹ ÖZGÖKÇELER, s. 3-4.

²²² ZABCI ÇULHA, Filiz; “Sosyal Riski Azaltma Projesi: Yoksulluğu Azaltmak mı, Zengini Yoksuldan Korumak mı?”, **AÜSBFD**, 58-1, s. 215-239.

²²³ MERT, Nuray; “Sosyal Risk Sadakası”, **Radikal**, 21.08.2001.

B. İDARE HUKUKU KAVRAMI OLARAK “SOSYAL RİSK İLKESİ”

Sosyal güvenlik disiplini içinde kullanılan anlamıyla bazı ortak yönleri bulunmakla beraber “sosyal risk” kavramı, idare hukuku terminolojisi içerisinde ayrı bir anlam ve muhteva kazanarak belirmiş ve kendine has özellikleri olan bir sorumluluk ilkesinin ismi hâline gelmiştir.

1. İlkenin Teorik Zemini ve Ortaya Çıkışı

İnsan türü, tabiatı itibariyle oldukça güçlü sosyal eğilimlere sahiptir. Bu sosyal eğilimler, insanın –bir canlı türü olarak- hem varlık sahnesine çıkışında hem de bu varlığı devam ettirijinde en temel ve yapıcı rolü üstlenmiştir²²⁴. İnsanoğlu, hayatta kalma içgüdüğü sayesinde fiziksel anlamda daha zayıf olduğı diğler canlılara ve tabiatın zorlu koşullarına karşı duygudaşlık (empati), işbölümü ve dayanışma gibi psikolojik mekanizmalar geliştirmiştir. Bugün içinde bulunduğumuz karmaşık toplumsal ilişkiler ağıının ve aile, aşiret, cemaat, millet ve uluslararası toplum gibi girift toplumsal katmanların kurucu ve itici gücü, işte bu mekanizmalardır. Şirket, dernek, vakıf, siyasî parti ve nihayet devlet gibi hukukî müesseselerin temelinde de aynı mekanizma yer alır.

İnsan doğasının, hayatta kalma içgüdüğüünün evrilmesiyle sosyal eğilimler edindiğı ve buna dayalı müesseselere vücut verdiğı bir vâkıdır. Bununla birlikte aynı içgüdüğüünün, en basit hâliyle var olmaya devam ederek insan doğasının egoizm, öfke ve saldırganlık gibi anti-sosyal yönlerini oluşturduğı da bir gerçektir²²⁵. Diğler insanları, toplum hayatını ve sosyal-siyasî müesseseleri tehdit ederek bozmaya yönelen darp, cinayet, hırsızlık, terör, isyan ve kalkışma gibi bütün insan davranışları da kökenini bu anti-

²²⁴ İnsan doğasının olumlu gizil güçleriyle sosyal bir özellik taşıdığı, pek çok akım ve düşünür tarafından ifade edilmektedir. Aristoteles, Rousseau, Fraubel, Bergson, Green, Breadley, Lao Tzu, Konfüçyusçu Mencius, Jung ve Maslow’u bunlar arasında sayabiliriz. Bunların görüşleri hakkında bkz. HONER, Stanley M. / HUNT, Thomas C.; “Felsefe ve İnsan Doğası”, Çeviren: Hasan Ünder, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, cilt: 23, sayı: 2, s. 815-817.

²²⁵ Anti-sosyal eğilimlerin insan doğasının esasını oluşturduğunu iddia eden pek çok fikre rastlamak da mümkündür. Augustinus, Aquinas, Thomas Hobbes, Platon, Immanuel Kant ve Sigmund Freud’un görüşleri, bu bapta ele alınabilir. Görüşler hakkında bkz. HONER / HUNT, s. 809-813.

sosyal eğilimlerden alır. Haksız fiil, kabahat ve suç gibi hukukî kavramlar ve buna bağlı yaptırım ve sorumluluk hukuku disiplinleri de bu realiteye dayanır.

Toplumsallığın türevi olmak itibarıyla hukukun temel fonksiyonu, insan doğasının sosyal ve anti-sosyal eğilimlerini denge (harmoni, âhenk) içerisinde tutmak ve bu vesileyle cemiyetin adalet ve hakkaniyet ihtiyacını tatmin etmektir. Bu açıdan bakıldığında hukukun hiç değişmez sanılan kavram, kurum ve ilkelerinin de bahsedilen denge ve ihtiyaca göre zaman içinde değişebileceği / değiştiği görülür. Asırlar boyunca biricik sorumluluk sebebi olarak kabul edilen kusur ilkesinin son iki yüzyıldır koltuğunu kusursuz sorumluluk teorisiyle paylaşmak durumunda kalması, sözü edilen değişimin en somut örneğidir.

Kusursuz sorumluluk teorisi, ilk bölümde görüldüğü üzere, zararın özel ve olağanüstü niteliklerini ve illiyet bağıını ön plâna alarak klâsik sorumluluk unsurlarından “kusur”u sorgulamış ve –ihtiyaç duyulan alanlar itibarıyla- bu unsuru elimine etmeyi başarmıştır. O hâlde başka bir teori, klâsik sorumluluk unsurlarından bir diğerini ortadan kaldırabilir veya değiştirebilir mi? Başka bir deyişle, klâsik sorumluluk şartlarından bu kez başka bir tanesinin aranmadığı veya dönüştüğü yeni bir sorumluluk anlayışı geliştirmek ve bu anlayışı (tıpkı kusursuz sorumluluk teorisinin yaptığı gibi) somut ihtiyaçlarla temellendirmek teorik açıdan imkânsız mıdır? Sosyal risk ilkesi ve onun etrafında yürütülen tartışmalar, işte bu ve benzeri soruların²²⁶ hazırladığı teorik zeminin tam ortasına yerleşmektedir.

İnsanoğlunun toplumsal eğilimleri, onu her geçen gün daha fazla kalabalıkların göbeğine itmektedir. Başlangıçta irili ufaklı klanlar hâlinde yaşayan insanlık, bugün onlarca milyon nüfusa sahip mega-kentlerde hayatını sürdürmektedir. İnsanlığın siyasî-hukukî örgütlenmeleri de buna paralel olarak site devletlerinden klâsik devlete, oradan da toplumsal hayatın her alanında aktif bir şekilde var olan, vatandaşını özne kabul ederek ona

²²⁶ Aynı soruyu âmiyâne bir tarzda yineleyelim: “dört ayaklı” ve “konforlu” klâsik sorumluluk “sandalyesi”nin bu kez “illiyet bağı” ayağının törpülenmesi ve “evin başka bir odasında” kullanılmak üzere yeni bir “sorumluluk taburesi”nin elde edilmesi mümkün müdür?

karşı geniş yükümlülükler üstlenen modern devlete evrilmiştir. Bu durum, “bireysel” ile “toplumsal” arasındaki sınırı iyice bulanık hâle getirmiş, kişilerin hiçbir kusurları olmasa bile, sırf toplumun bir üyesi olmak itibarıyla²²⁷ idarenin dışındaki sebeplerden kaynaklanan olağanüstü ve ciddî zararlara maruz kalma ihtimalini²²⁸ artırmıştır. Sosyolojide “risk toplumu” (*société du risque*) tabiriyle özetlenen bu durum, idare hukuku terminolojisinde “sosyal risk” kavramıyla karşılanmaktadır²²⁹.

Türk Anayasası’nda ve modern anayasaların hemen hepsinde, temel hak ve hürriyetlerinin önündeki engelleri kaldırmak devletin aslî vazifelerinden biri olarak kabul edilir. Ayrıca bu metinlerde, “nimet ve külfetlerde eşitlik” esasını içeren sosyal dayanışma ve adalet anlayışına kuvvetli vurgular yapılır²³⁰. Hâl böyleyken, kişilerin hiçbir kusurları olmadığı hâlde yalnızca bir devletin vatandaşı (o toplumun bir ferdi) olmak yüzünden ağır zararlara katlanmak zorunda bırakılması hiç de “hakça” değildir²³¹. Bu yüzden kurucu metninde sosyal dayanışmayı, imkân ve fırsat eşitliğini taahhüt eden devlet, vatandaşını “sosyal riskler”le baş başa bırakmamalı ve bu riskler neticesinde doğan zararları tazmin etmelidir. İdarenin sorumluluk çerçevesini yeni bir bakış ve anlayışla genişletmeye çalışan bu düşünce, idare hukukunda “sosyal risk ilkesi” (*socialisation des risques*)²³² kavramıyla özetlenmektedir.

²²⁷ ÇOBAN, Ayşegül; “Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi”, **SÜHFD**, yıl: 2003, cilt: 11, sayı: 1-2, s. 323.

²²⁸ Ankara’da yaşadığınızı ve güneşli bir pazar günü sırf hoşça vakit geçirmek için Kızılay-Sıhhiye arasında yürümek istediğinizi farz edin. Oturduğunuz semtten sizi Kızılay’a getiren otobüsün kapıları açıldığı anda kendinizi bir anda başlayıveren yüzlerce kişilik bir eylemin, protestonun veya grevin içinde bulma ve göstericilerin polise fırlattığı bir cisimle yaralanma ihtimaliniz –ki pek fazladır-, nasıl bir “sosyal risk” içerisinde yaşamakta olduğumuzu açıkça göstermektedir.

²²⁹ AUBY, Jean-Bernard; “Le Droit Administratif dans la Société du Risque”, **Le Rapport Public 2005 du Conseil d’État**, Paris 2005, s. 351-357. (Erişim: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000185/0000.pdf>, 13.07.2013).

²³⁰ Bkz. T.C. Anayasası başlangıç bölümü, 2. ve 5. maddeler.

²³¹ AZRAK, Ali Ülkü; “İdarenin ‘Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı’na Göre Kusursuz Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu** (Ankara 12-13 Mayıs 1979), İstanbul 1980, s. 136-137.

²³² Türk literatüründe “sosyal risk ilkesi” olarak kullanılan kavram, Fransa’da “risklerin sosyalleştirilmesi” anlamına gelen *socialisation des risques* ifadesine karşılık gelmektedir. Aslında “risklerin sosyalleştirilmesi” tabiri, bu yeni sorumluluk / tazmin anlayışının maksat ve yöntemini daha iyi ifade eden bir kullanımdır. Fakat kavram kargaşasına sebep olmamak bakımından bu çalışma boyunca Danıştay’ın kararlarında kullandığı “sosyal risk ilkesi” tabiri tercih edilmiştir.

İdare hukukunda sosyal risk kavramı, bir sorumluluk ilkesi olarak ilk kez Fransa’da kullanılmaya başlamıştır²³³. Birinci ve İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra çıkarılan 1914, 1918 ve 1946 tarihli kanunlar, devletle doğrudan illiyet bağı kurulamasa da savaş sebebiyle olağanüstü zarara uğrayan sivil vatandaşların bu zararlarının sosyal risk ilkesi uyarınca karşılanmasını öngörmüştür²³⁴. Daha sonra Fransız anayasasındaki “millî dayanışma” ilkesi gerekçe gösterilerek çıkarılan 1983 ve 1986 tarihli iki kanun²³⁵, toplantı ve protesto (gösteri) yürüyüşü gibi kitle hareketlerinden doğan zararların sosyal risk ilkesi uyarınca doğrudan devlet tarafından karşılanacağını ve bu konuda doğacak uyuşmazlıkların idarî yargıda çözümleneceğini düzenlemiştir²³⁶. Almanya’da da Fransız uygulamasına benzer düzenlemelerin mevcut olduğu bilinmektedir²³⁷.

Türkiye’de sosyal risk ilkesinin teorik zeminiyle örtüşen ilk hukukî uygulama, 6-7 Eylül 1955 tarihinde İstanbul ve İzmir’de yaşanan toplumsal olaylar sebebiyle ortaya çıkan zararların tazminini öngören 28.02.1956 tarihli ve 6684 sayılı Kanunun çıkarılmasıdır. Bu Kanun, uğranılan zararların yalnızca belli bir miktarının devlet tarafından karşılanmasını düzenlemiş, bu

²³³ “Sosyal risk” veya “risklerin sosyalizasyonu” tabiri kullanılmasa da, Fransa’da sosyal risk anlayışıyla örtüşen ilk uygulamanın 5.4.1884 tarihli Belediye Kanunu’nun yürürlüğe girmesine kadar geçerli olan 10 Vendemiaire sene IV tarihli kanunla öngörülen sistem olduğu bilinmektedir. Bu düzenlemeye göre, bir komün içinde meydana gelen kargaşa ve ayaklanmalardan doğan zararları komünün iki kat olarak tazmini gerekmektedir. Komünün kasasında yeterli para bulunmadığı durumlarda ise bu para komünün zenginleri arasında yer alan yirmi kişiden avans olarak alınmakta ve daha sonra kasada para olunca tüm komün sakinlerine paylaştırılmaktaydı. DUEZ, Paul; **Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mesuliyeti**, (çeviren: İbrahim SENİL), Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara 1950, s. 278.

²³⁴ LAUBADÈRE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 151. 1914 ve 1919 tarihli kanunlarda zararların karşılanması, zarar gören yapıların tekrar inşa edilmesi şartına bağlanmıştır. 1946 tarihli kanunda ise lüks mallar tazminat kapsamı dışında tutulmuştur. Ayrıca 1914 yılında çıkarılan başka bir kanunda mahallî kolluk güçleri tarafından önlenemeyen kitle hareketleri sebebiyle ortaya çıkan zararlardan belediyelerin sorumlu olduğu düzenlenmiştir. WALINE, Marcel; **Droit Administratif**, Paris 1951, s. 595-600.

²³⁵ LAUBADÈRE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 152.

²³⁶ GÖZLER, **İdare**, s. 1213; CHAPUS, cilt: I, s. 1330.

²³⁷ Almanya’da 12 Mayıs 1920 tarihli bir kanun (Reichstumschaedengesetz), sosyal kargaşa ve ayaklanmalardan doğan zararların devletçe ödenmesini öngörmektedir. Ayrıca bu ülkede savaştan doğan zararların devlet tarafından karşılanmasını düzenleyen 14 Ağustos 1952 tarihli bir kanun (Lastenausgleichsgesetz) da yürürlükte bulunmaktadır. FORSTHOFF, E.; **Lehrbuch des Verwaltungsrechts**, 1973, s. 359’den aktaran: AZRAK, s. 143.

miktarı aşan kısımlar ise mağdurların üzerinde bırakılmıştır²³⁸. Şırnak ve Çukurca'da terörist eylemler sonucu meydana gelen zararların karşılanmasına ilişkin 28.08.1992 tarihli ve 3838 sayılı Kanun da aynı çerçevedeki diğer bir gelişme olarak görülebilir²³⁹. Ancak özel düzenlemeler olarak kalan bu kanunlarda, “sosyal risk” kavramına ve buna dayanan bir sorumluluk ilkesine ifade olarak yer verilmemiştir.

İdarenin sorumluluğunu temellendiren bir kavram olarak “sosyal risk ilkesi”, Türkiye’de ilk kez, Fransa’da olduğu gibi yasal düzenlemeler vesilesiyle değil, idarî yargı yerlerinin verdiği kararlarla uygulamaya yansımıştır²⁴⁰. 1980’li yılların sonunda oldukça yoğunlaşmaya başlayan terörist eylemlerin yol açtığı zararların karşılanması için idareye karşı açılan davalarda Danıştay, idarenin bu zararlardan dolayı “sosyal risk ilkesine göre” sorumlu olduğuna hükmetmeye başlamıştır. Sosyal risk ilkesinin ilk kez Türk uygulamasına girdiği bu dönemde verilen kararlardan biri, söz konusu ilkeye şu şekilde yer vermektedir:

“...İdarenin hukukî sorumluluğu sadece kusur esasına, hizmet kusuruna dayanmamakta; idare, kusur koşulu aranmadan da sorumlu sayılabilmektedir. Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. Ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin, faaliyet alanıyla ilgili önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da nedensellik bağı aranmadan tazmin etmesi gerekmektedir. Kolektif sorumluluk anlayışına dayalı **sosyal risk** adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir. Ülkemizin belli bir yöresinde yoğunlaşan terörist olayları denilen eylemlerin Devlete yönelik olduğu, Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçladığı, bu tür olayların zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmekte ve gözlenmektedir. Sözü edilen eylemler nedeniyle zarara uğrayan, terörist eylemlere herhangi bir şekilde katılmamış olan kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşadan zarar görmektedirler. Kısaca zararın nedeni toplumun bireyi olmaktır. Belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınıp nedensellik bağı aranmadan, terörist olayları önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece yukarıda açıklanan **sosyal risk ilkesine** göre tazmini gerekir. Esasen terörist olaylar sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini, böylece topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olduğu gibi, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir...”²⁴¹

²³⁸ KARAKAŞ, Fatma; “Sosyal Risk Teorisine Göre İdarenin Sorumluluğu”, **Legal Hukuk Dergisi**, yıl: 2004, cilt: 2, sayı: 13, s. 52.

²³⁹ AKYILMAZ, Bahtiyar; “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, **GÜHFD**, cilt IX, sayı: 1-2, s. 183.

²⁴⁰ AKYILMAZ, s. 182.

²⁴¹ D.10. D., 13.10.1993, E. 92/3372, K. 93/3777, aktaran: GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, **AÜSBFD**, cilt: 50, sayı: 3-4, s. 193.

Danıştay, Fransa’da yasal düzenlemelerin kaynağı olarak kullanılan sosyal risk ilkesini, Türkiye’de acilen ortaya çıkan toplumsal ihtiyaç sebebiyle içtihadî bir sorumluluk prensibine dönüştürmeye çalışmış, ancak meselenin teorik zeminini tam analiz etmeden verdiği iyi kurgulanmamış kararlar doktrinde ciddi eleştirilere maruz kalmıştır²⁴². Nihayet, 2004 yılında yürürlüğe giren 5233 sayılı Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun²⁴³, terör zararlarıyla ilgili mevcut ihtiyacı Fransa’da olduğu gibi yasal düzenleme yoluyla giderince, idarî yargı yerleri hâkim sorumluluk anlayışının çizdiği sınırların gerisine “çekilmiş” ve sosyal risk ilkesini müstakil bir sorumluluk ilkesi olarak kullanmaktan büyük ölçüde vazgeçmiştir²⁴⁴.

2. Sosyal Risk İlkesinin Ayırt Edici Özellikleri

İdarenin sorumluluğu alanında mevcut kabulleri zorlayarak “sosyal risk ilkesi” gibi bir kavramın ortaya çıkmasını gerektiren durumların (zararların) bazı ortak özellikleri vardır. Bu özellikler, “zararla idare arasında doğrudan bir illiyet bağının kurulamaması”, “zarara idare tarafından önlenmesi beklenen ancak önlenemeyen tehlikelerin sebep olması” ve “zararın toplum içinde yaşamının kaçınılmaz sonucu olması” şeklinde sıralanabilir.

a. Zararla İdare Arasında Doğrudan Bir İlliyet Bağı Kurulamaması

Bilinen sorumluluk ilkelerine göre idarenin herhangi bir zararı tazminle yükümlü olması için ortaya çıkan zararlar idare arasında bir illiyet bağ

²⁴² Söz konusu kararlar ve bunlara yönelik eleştiriler, çalışmanın ilerleyen kısımlarında ayrıntılı bir biçimde değerlendirilecektir.

²⁴³ RG. 27.7.2004, sy. 25535. Bu kanunun çıkarılmasında sosyal risk ilkesinin gözetildiği, kanunun genel gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir: “Kural olarak idarenin hukukî sorumluluğu kusur esasına dayanmaktadır. Sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin önlemekle yükümlü olduğu hâlde önleyemediği birtakım zararların, nedensellik bağı ve kusur koşulu aranmadan tazmin edilmesi gerekmektedir. Objektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla da kabul edilmiştir.

Temelde devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçlayan terör eylemlerinin zarar gören kişilere karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmektedir. Terör eylemlerine hedef olan kişiler kendi kusur ve fiilleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olarak zarar görmektedirler. Devleti ve toplumu hedef alan fiillerden doğan zararın mağdur kişinin üzerinde bırakılması, hak ve nesafet kurallarıyla bağdaşmaz. Ortaya çıkan zararın paylaştırılması, toplumun diğer kesimleri ile zarara uğramış kişiler arasında fedakârlığın denkleştirilmesi, hakkaniyet ve sosyal hukuk devleti ilkelerinin bir gereğidir.”

²⁴⁴ KÖKSAL, Mustafa; “Yasal Düzenlemeler ve İçtihatlar Işığında Terör Zararlarının İdarece Karşılanması Sorunu”, **TAAD**, cilt: 1, yıl: 1, sayı: 3, s. 373.

bulunmalıdır. Dahası, idareyi sorumlu kılacak bu bağın, âfâkî ve geniş bir anlamda değil, günlük hayatın olağan akışına uygun ve “doğrudan” (*direct*) bir surette var olması gerekir²⁴⁵. Bu bakımdan idareye tamamen yabancı kişilerin / olguların sebep olduğu zararlardan ötürü idare, kural olarak sorumlu tutulmaz.

Sosyal risk ilkesine konu olan zararlarla idare arasında doğrudan bir illiyet bağı kurmak mümkün değildir. Zira sosyal risk durumunda ortaya çıkan zarara kendi fiilleriyle sebep olanlar, idareye tamamen yabancı unsurlardır (teröristler veya protestocular gibi). Bu özelliği bakımından sosyal risk ilkesi, “zarara neden olan eylem ya da işlem, idarenin eylemi ya da işlemi değilse, neden idare sorumludur?”²⁴⁶ sorusunu gündeme getirmektedir. Bu soruya tatmin edici bir cevap vermek için, ya mevcut illiyet bağı anlayışını genişletmek yahut bu unsuru tamamen ortadan kaldıran yeni bir sorumluluk türü “icat etmek” gerekir²⁴⁷.

b. Zarara İdare Tarafından Önlenmesi Beklenen Ancak Önlenemeyen Tehlikelerin Sebep Olması

Sosyal paylaşım sitelerinde özel mesajlar yoluyla örgütlenen marjinal bir grubun, ülkenin farklı farklı illerinde ve eş zamanlı olarak “tarla yakma eylemi” yaptığı ve binlerce çiftçi ailesinin bir anda olağanüstü bir zarara uğradığı varsayılın. Böyle bir durumda idarenin sübjektif anlamda “kınanması” oldukça güçtür. Zira söz konusu eylemden idarenin önceden haberdar olup tedbir alması –internet ortamındaki bütün özel mesajları her an denetleyip haberleşme hürriyetini tamamen ortadan kaldırmadan- mümkün değildir.

İdare, kimi zaman kanunun kendisine yüklediği bütün vazifeleri ve durumun gereklerini yerine getirmesine rağmen bazı zararların doğmasına engel olamaz. Fakat aynı zamanda bu zarar, normal şartlar altında idarenin aslî varlık sebebini oluşturan işlevlerinden birini (örneğin can ve mal güvenliğinin sağlanmasını) ilgilendirdiği için bu zararın karşılanmaması

²⁴⁵ CHAPUS, René; **Responsabilité Publique et Responsabilité Privée**, Paris 1957, s. 427-428.

²⁴⁶ AKYILMAZ, s. 184.

²⁴⁷ Bunun mümkün olup olmadığı, çalışmanın ilerleyen kısımlarında ayrıca sorgulanacaktır.

hakkaniyet duygusunu zedeleyebilir. Sosyal risk ilkesinin alanına giren, işte bu nitelikteki zararlardır. Bazı hâllerde idare, daha büyük zararlar ortaya çıkması endişesiyle, imkânı olduğu hâlde mevcut bir tehlikeyi önlemekten kaçınabilir. Bu tür tehlike hâllerinde doğan zararlar bakımından da sosyal risk ilkesinin uygulanabileceği ifade edilmektedir²⁴⁸. Ne var ki bu durumda idarenin hizmet kusurunun bulunmadığını söylemek zaten mümkün değildir²⁴⁹.

Sosyal risk ilkesinin konusunu oluşturan zararlar, yukarıda açıklanan özelliği sebebiyle klâsik sorumluluk unsurlarından “kusur”u da sarsacak niteliktedir. Zira bu tür zararlarda, somut olay verileri idareye herhangi bir kusur atfetmenin mümkün olmadığını gösterirken, “idare bu tür tehditlere karşı her zaman bir adım önde olmak zorundadır”²⁵⁰ tespitinden hareket eden hakkaniyet duygusu, idarenin aslında tamamen kusursuz da olmadığını söylemektedir.

c. Zararın Toplumsal Hayatın Kaçınılmaz Bir Sonucu Olması

Ankara’da 22 Mayıs 2007 tarihinde Ulus, 20 Eylül 2011 tarihinde ise Kızılay’da meydana gelen patlamalar sonucu toplam 11 kişi ölmüş, yüzlerce insan yaralanmış, ayrıca onlarca işyeri maddî zarara uğramıştır²⁵¹. Bu patlamalardan çok kısa bir zaman sonra aynı mekânları ziyaret eden bir gözlemci, bu noktalarda sanki hiç bomba patlamamış gibi, insanların yine yığınlar hâlinde akıp geçtiğini ve tahrip olan işyerlerinin onarıldıktan sonra eski canlılığıyla çalışmaya devam ettiğini rahatlıkla tespit edebilir. Bu durum, insanın toplumsallık ihtiyacının ne denli güçlü ve ortadan kaldırılamaz bir vâkıa olduğunu somut bir biçimde ortaya koymaktadır. Sosyal risk ilkesine

²⁴⁸ ÇELİKKOL, Hüseyin; “İdarenin Objektif Sorumluluğu”, *İzmir Barosu Dergisi*, yıl: 1985, sayı: 2, s. 20; AZRAK, s. 138.

²⁴⁹ AKYILMAZ, s. 184-185.

²⁵⁰ AKYILMAZ, s. 184.

²⁵¹ “Ulus’ta Patlama: 7 Ölü”, NTV-MSNBC, 23 Mayıs 2007, <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/408758.asp?cp1=1>, (Erişim: 08.05.2013); “Ankara’da Patlama!”, Habertürk, 20 Eylül 2011, <http://www.haberturk.com/yasam/haber/671275-ankarada-patlama>, (Erişim: 08.05.2013).

konu olan zararlar, işte bu yüzden “bir arada yaşamamanın kaçınılmaz sonucu”²⁵² olarak kendini göstermektedir.

İdare hukukunda sosyal risk anlayışı, siyasî, ideolojik veya sosyal mücadeleler (hesaplaşmalar / hareketler) nedeniyle ortaya çıkan zararların, bu mücadeleyle hiçbir ilgisi olmayan mağdurların üzerinde bırakılmayarak bütün topluma paylaştırılması (devlet tarafından karşılanması) fikrinden hareket eder. Mağdurların uğradığı zararın aynı miktarda olmaması sebebiyle ödenecek tazminatların ciddi anlamda farklılaşması olasılığı, bu fikrin aslında sosyal adalet anlayışına tam olarak uymadığı yönünde eleştirilere²⁵³ de yol açmaktadır.

II. SOSYAL RİSK İLKESİ VE SORUMLULUK UNSURLARI

Sosyal risk ilkesi, ortaya çıkışı ve özellikleriyle hayatın içinden gelen “gerçek” ihtiyaçların, hukukî kavram ve kurumları zorlayarak biçimlendirme kabiliyetini gözler önüne sermektedir. Çalışmanın bu kısmında, sosyal risk ilkesinin klâsik sorumluluk unsurları olan fiil, kusur, zarar ve illiyet bağı etrafında oluşturduğu sorunlar ve tartışmalar incelenecektir.

A. FİİL

Bir hukuk süjesinin sorumluluğundan bahsetmek için ortada evvelâ bir fiil (eylem, davranış, *fait*) mevcut olmalıdır²⁵⁴. İdarenin ister kusurlu, ister kusursuz sorumluluğuna hükmedilmesi için de öncelikle idareye ait bir fiilin (idarî davranışın) bulunması gerekir²⁵⁵. Sorumluluğun şartı olan fiil, idarî işlem veya eylem şeklinde tezahür edebilir. Ayrıca bu fiilin hem icraî (yapma) hem de ihmalî (yapmama) biçimde ortaya çıkması mümkündür²⁵⁶.

Sosyal risk ilkesine konu olan zararlar bakımından sorumluluğun “fiil” unsuru mevcut mudur? Bu soruya, illiyet bağının kavranış biçimiyle bağlantılı

²⁵² ÇOBAN, s. 327.

²⁵³ AKYILMAZ, s. 189.

²⁵⁴ GÖZLER, *İdare Hukuku*, s. 780.

²⁵⁵ GÜNDAY, *İdare*, s. 383.

²⁵⁶ ÇAĞLAYAN, *Sorumluluk*, s. 135-136.

olarak iki zıt cevabı aynı anda vermek mümkündür. İlliyet bağının – Danıştay’ın yaptığı ve genelde de kabul edildiği gibi- günlük hayatın olağan akışına uygun ve “doğrudan” bir sebep-sonuç ilişkisi biçiminde anlaşılması hâlinde zararı doğuran fiil, idareye yabancı kişilerin fiili olarak karşımıza çıkar. Bu durumda idarenin herhangi bir “fiil”inden söz edilememesi gerekir. Nitekim kitle hareketleri gibi sosyal risk faktörlerinin neden olduğu zararların karşılanması konusunda “yasal düzenleme” yöntemini benimseyen Fransa’da doktrin, idarenin bu türden tazmin yükümlülüğünü “risklerin sosyalizasyonu” (*socialisation des risques*) kapsamında değerlendirmekte ve “fiilsiz sorumluluk” (*responsabilité sans fait*) adıyla anmaktadır²⁵⁷. Bununla birlikte, illiyet bağı unsurunun sorgulanarak genişletilmesi hâlinde ise zararı ortaya çıkaran şartlar arasında -icraî yahut ihmâlî anlamda- idarî bir “fiil”e erişmek ve idarenin sorumluluğuna hükmetmek mümkün olabilir. Örneğin atanamayan öğretmenlerin yaptığı bir protesto esnasında ortaya çıkan zararlar, bu yolla göstericilere değil, idarenin istihbarat zafiyetinden kaynaklanan “gösterinin boyutunu ve muhtemel zararlarını öngörememe” şeklindeki ihmâlî fiiline de bağlanabilir.

B. KUSUR

Roma hukukundan beri özel hukukta sorumluluğun temeli olarak kabul edilen “kusur”, “sorumluz idare”den idarenin sorumluluğuna geçilirken idarî yargı yerlerinin de öncelikle aradıkları bir unsur olmuştur²⁵⁸. Ancak özel hukukta dikkatsizlik, ihmâl ve kasıt gibi sübjektif kavramlarla temellendirilen kusur unsuru, kamu hukuku uygulamasında yerini bağımsız, anonim ve nesnel nitelikte bir “hizmet kusuru anlayışına bırakmıştır²⁵⁹. Dolayısıyla bugün idarenin kusurlu sorumluluğundan bahsedildiğinde kusur unsurunun varlığı bakımından yapılan sorgulama, özel hukukta olduğu gibi idarenin sübjektif anlamda dikkatsizliği, ihmâli yahut kastı olup olmadığı değil, zararın

²⁵⁷ CAMGUILHEM, Benoît; **Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif**, (Doktora Tezi), Université Panthéon-Assas, Novembre 2012, s. 23-24.

²⁵⁸ ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 132.

²⁵⁹ ATAY, Ender Ethem; “İdarenin Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara 2006, s. 1071.

doğduğu idarî faaliyetin mevcut kurallar çerçevesinde “iyi işleyen bir idare”den beklenip beklenmeyeceği şeklindedir.

Fransız ve Türk mevzuatında hizmet kusuru kavramını açıkça tarif eden herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu kavram, yargı yerlerince tanımlanmaya çalışılmış ve somut olayların niteliğine göre şekillenmiştir. Söz konusu şekillenme süreci, idare hukukunun içtihadî özelliğini de ortaya koymaktadır²⁶⁰. Bu bağlamda hizmet kusurunun (*faute de service*²⁶¹), idarenin üstlendiği bir hizmetin (faaliyetin) kuruluşunda, düzenlenişinde ve işleyişinde görülen bozukluk, eksiklik ve aksaklıkları ifade ettiği söylenebilir²⁶². Kavramdaki “hizmet” sözcüğü, yalnızca belli bir idarî faaliyet türü olan “dar anlamda kamu hizmeti”ne değil, idarenin bütün görev ve faaliyetlerine işaret etmekte ve dolayısıyla kolluk gibi idarî faaliyetleri de kapsamaktadır²⁶³.

Bilindiği gibi idare, yürürlükteki mevzuatın kendisine verdiği görevleri ifa etmek, kamu hizmetlerini sürekli ve istikrarlı bir biçimde sunmak, kısacası vazifelerini en etkin, en verimli ve hukuka en uygun şekilde yerine getirmekle mükelleftir. Hizmet kusuru, idarenin bu yükümlülüğe herhangi bir şekilde aykırı davranması sonucunda ortaya çıkar²⁶⁴. Bu çerçevede hizmet kusuru; kamu hizmetinin kuruluş, işleyiş veya personeli üzerinde denetim ve gözetim yetkisinin kullanılmaması (gereken emir ve talimatların verilmemesi), hizmete özgülünen araç ve gereçlerin uygun ve yeterli olmaması, lüzumlu tedbirlerin geç alınması (veya hiç alınmaması) gibi sebeplerden kaynaklanabilir. Bu sebeplerin varlığı (idarî faaliyetin etkin ve yeterli olup olmadığı) konusunda içinde bulunulan çağın ortalama standardı göz önüne alınır²⁶⁵.

²⁶⁰ ATAY, *İdare*, s. 702.

²⁶¹ LOMBARD, s. 463.

²⁶² D.10.D., 12.07.1995, E. 94/7359, K. 95/3559, DD, sayı: 91, s. 1106–1112.

²⁶³ GÜNDAY, *İdare*, s. 369.

²⁶⁴ “...İdarenin kendisine tevdi edilen kamu hizmetlerinin ifası sırasında önce gerekli teşkilatı kurarak bu teşkilatın aynî, şahsî ve malî imkân ve vasıtalarını hizmete hazır bulundurmakla yükümlüdür. Bunların temin ve ifasındaki kusur sonucu hizmetin hiç işlememesine veya kötü yahut geç işlemesine sebebiyet verilmiş olması, idareye, zarar gören kimselerin bu zararlarının tazmini sorumluluğu yükler...” (D.10.D., 12.10.1999, E. 97/3468, K. 99/4782, DD, sayı: 103, s. 885).

²⁶⁵ YAYLA, *İdare*, s. 361.

Sosyal risk ilkesine konu olan zararlar, sorumluluğun kusur unsuru açısından hangi konumdadır? Bu zararların ortaya çıkmasında gerçekten de idarenin “hizmet kusuru”ndan söz edilemez mi? İdarî yargı yerleri, 90’lı yıllarda verdikleri kararlarda, sosyal risk ilkesinin konusunu oluşturan zararlar bakımından idarenin sorumluluğuna hükmederken bu ilkeyi kusursuz sorumluluğun -illiyet bağı da aranmayan- istisnaî bir türü olarak kurgulamışlardır²⁶⁶. Ancak kanaatimizce sosyal risk ilkesine konu olan zararların neredeyse tamamı, aslında idarenin hizmet kusurunun da mevcut olduğu zararlardır.

Modern devlet, toplum ve bireyi her yönüyle eğitmeyi, korumayı ve huzur içerisinde yaşatmayı taahhüt eden bir organizasyondur. Terör ve kitle hareketleri gibi sosyal riskler ise, bizatihi varlıkları (ortaya çıkmaları) itibarıyla modern devletin “bir yerlerde bir şeyi yanlış / eksik yaptığını” gösteren “kesin kare niteliğinde” olgulardır. Sosyal risklerin sözü edilen niteliği, bu satırlar kaleme alınmadan birkaç gün önce Türkiye Cumhuriyeti tarihinin en kanlı eylemi olarak kayıtlara geçen²⁶⁷ bombalı saldırıyla birlikte bir kez daha kendini göstermiştir. Zira saldırıdan sonra kamuoyu tepkisi –teröristlerden daha ziyade- idarecilere yönelmiş²⁶⁸, böyle bir facianın nasıl olup da gerçekleşebildiği ve neden önlenemediği, emniyet ve istihbarat hizmetlerinden hükümetin genel siyasetine varıncaya kadar geniş bir sorgulamaya tabi tutulmuştur²⁶⁹. Bütün bu tespitler, sosyal risk hâllerinde

²⁶⁶ AVCI, Âdem; “Terörizm Açısından Devletin Sorumluluğu”, **EÜHFD**, cilt: XIV, sayı: 3-4, s. 79.

²⁶⁷ Hatay’ın Reyhanlı ilçesinde gerçekleşen bombalı saldırıda 51 kişi hayatını kaybetmiş, onlarca kişi yaralanmış, ilçenin neredeyse yarısını ortadan kaldıracak derecede büyük maddî hasar meydana gelmiştir. “Cumhuriyet Tarihinin En Kanlı Saldırısı Oldu”, **Akşam**, 11 Mayıs 2013, <http://www.aksam.com.tr/siyaset/cumhuriyet-tarihinin-en-kanli-saldirisi-oldu/haber-204821>, (Erişim: 14 Mayıs 2013).

²⁶⁸ Saldırının hemen sonrasında idareye yönelen tepkiler için bağlantıları verilen şu videoları izlemek yeterli olacaktır: http://www.youtube.com/watch?v=DG1dcL_ZwO8; <http://www.youtube.com/watch?v=Im-73X69I4s>; <http://www.youtube.com/watch?v=FP7CIBduj7s>; <http://www.youtube.com/watch?v=STILKAu9oG4>.

²⁶⁹ ÖZDAĞ, Ümit / KALENDAROĞLU, Sibel; “Ortadoğu’ya İkinci Kez Hoş Geldin veya Reyhanlı Saldırıları”, **21. Yüzyıl Türkiye Enstitüsü**, 13.05.2013, <http://www.21yyte.org/arastirma/milli-guvenlik-ve-dis-politika-arastirmalari-merkezi/2013/05/13/6997/ortadoguya-ikinci-kez-hos-geldin-veya-reyhanli-saldirilari>, (Erişim: 14.05.2013).

idarenin hizmet kusurunun “karine derecesinde” var olduğunu göstermektedir.

Sosyal riskler neticesinde ortaya çıkan zararlar konusunda idarî yargı yerleri, birincil sorumluluk sebebi olan hizmet kusuru teorisinin bütün imkânlarını kullanmadan kusursuz sorumluluğa yönelmemelidir. Zira kamu hukuku uygulamasında sübjektif karakterinden sıyrılan ve içtihatlarla her geçen gün daha “anonim” ve daha “nesnel” bir içerik kazanan hizmet kusuru, -illiyet bağının daha geniş anlaşılmasıyla beraber- sosyal riskleri de içine alacak bir şekilde yorumlanma imkânına sahiptir. Bu imkân kullanıldığı takdirde sosyal risk ilkesi, kusursuz sorumluluğun değil, kusur sorumluluğunun (illiyet bağı ve zarar bakımından) özel bir türü olarak daha sağlam bir teorik zemine yerleştirilebilecektir.

C. ZARAR

Zarar, tazminat hukukunun merkezinde yer alan bir unsurdur. Çünkü genelde malî sorumluluğun, özelde ise idarenin sorumluluğunun varoluşsal amacı²⁷⁰, kişilerin mal veya şahıs varlığında ortaya çıkan eksikliklerin²⁷¹ (zararların) karşılanmasıdır. Sorumluluk hukukunun doğuşu ve gelişimi incelendiğinde bu disiplini şekillendiren ana unsurun zarar olduğu görülür. Gerçekten de kronolojik olarak evvelâ hakkaniyet duygusunu inciten bir zarar / zarar türü ortaya çıkmakta, daha sonra bu zararın nasıl ve hangi şartlar (esaslar) dâhilinde karşılanabileceği üzerine “kafa yorulmakta”dır.

İdare hukukunda sorumluluğun özel hukuktan farklı bir karaktere bürünmesinin temelinde, bu alanda karşılaşılan zararların kendine has bir niteliğe sahip olması yatmaktadır. Nitekim görece yeni ve oturmamış bir yaklaşım olan sosyal risk ilkesi de, bizatihi “sosyal risk zararları”nın yarattığı bir sorumluluk ilkesi gibi görünmektedir. Zira doktrinde (ve bu çalışmada) “sosyal risk ilkesinin özellikleri” başlığı altında sıralanan hususlar, aslında belli bir zarar kategorisinin niteliklerinden başka bir şey değildir.

²⁷⁰ CHAPUS, cilt: I, s. 1211.

²⁷¹ ATAY, *İdare*, s. 685.

İdarenin kusurlu sorumluluğuna hükmedilebilmesi bakımından, kişinin hukuken korunan menfaatlerini haleldâr eden “gerçek” (kesin) bir zarara uğramış olması²⁷² yeterlidir. Başka bir deyişle, hizmet kusuru ilkesine göre idarenin sorumlu tutulabilmesi için zarar unsurunda herhangi bir “ek nitelik” aramaya gerek yoktur. Kusursuz sorumlulukta ise, kusur unsuru elimine edildiğinden dolayı, bu kez sorumluluğun merkezî kavramı olan “zarar” üzerinde yoğunlaşmış ve idarenin kusursuz sorumlu tutulacağı zararlar için bazı ek nitelikler aranmıştır. Bu bağlamda idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, meydana gelen zararın *anormal* ve *özel* bir zarar olması gerekir²⁷³. Burada “anormallik” zararın nesnel büyüklüğüne, “özellik” ise zararın mağdur açısından niteliğine işaret etmektedir. Buna göre idarî faaliyetin yol açtığı zarar, sosyal hayatta herkesin katlandığı genel külfetten daha ağır / olağandışı olmalı ve toplumun diğer fertlerinden farklı bir biçimde bilhassa mağdura yönelmelidir²⁷⁴.

Herhangi bir zararın karşılanabilmesi için sorumluluk unsurlarından biri yahut ikisi törpüleniyor (genişletiliyor) veya tamamen ortadan kaldırılıyorsa, geri kalan sorumluluk unsurlarının üzerine eğilerek bu unsurlar bakımından bazı “ek nitelikler” aramak zarurîdir. Nitekim kusursuz sorumluluk teorisi de bunu yapmıştır. O hâlde “sosyal risk” olarak nitelenen zararların -herhangi bir yasal düzenlemeye ihtiyaç kalmadan- yargısal kararlar marifetiyle karşılanması isteniyorsa bunun yolu, zaten kusur “ayağını” ortadan kaldırmış bir teorinin bir de illiyet bağı “ayağını” keserek “sandalyeyi devirmek”ten değil, illiyet bağı unsurunu “esnetip” kusur ve zarar “ayaklarını” tahkim eden yeni bir yaklaşım geliştirmekten geçer. Bu yapılmadığı takdirde, sorumluluk kavramı tamamen iptal edilmiş ve ancak yasama organı eliyle tesis edilebilecek²⁷⁵ bir tür “kamusal sigorta sistemi”nden bahsedilmiş olur²⁷⁶.

Sosyal risk yaklaşımı, hizmet kusurunun varlığını “karine derecesinde” kabul edip illiyet bağına geniş yorumlayarak “kusur sorumluluğunun istisnaî

²⁷² LOMBARD, s. 467-468.

²⁷³ CHAPUS, cilt: I, s. 1337.

²⁷⁴ CHAPUS, cilt: I, s. 1337; ÇAĞLAYAN, *Sorumluluk*, s. 155-156.

²⁷⁵ GÖZLER, cilt: II, s. 1239.

²⁷⁶ AZRAK, s. 138; ÇOBAN, s. 328.

bir türü” hâline gelebilir. Bu yaklaşım, sorumluluk hukukunun sınırları içerisinde kalmak ve kamusal sigortaya dönüşmemek için zarar unsuru bakımından aşağıdaki “ek nitelikler”i kümülâtif (katlamalı) bir biçimde aramalıdır:

1) *Doğrudan ve kaçınılmaz toplumsallık*: Sosyal risk ilkesi gereğince karşılanacak olan zarar, toplumsal hayatın *doğrudan ve kaçınılmaz* bir sonucu olmalıdır. Zararda bu niteliğin aranması, sosyal risk ilkesinin âfâkî değerlendirmelerden korunmasını sağlar. Aksi takdirde ülke sathında meydana gelen bütün zararların toplumsal hayata bir şekilde bağlanması mümkün olur.

2) *Nisbî Ağırılık*: Sosyal risk ilkesine konu olan zararın, toplumsal hayatın doğrudan ve kaçınılmaz sonucu olması yetmez. Ayrıca bu zararın, toplumsal hayatın herkese yüklediği olağan külfetlerin ötesinde, *kişinin toplum içinde var olma iradesini kırarak derecede ağır bir zarar (dommage grave)*²⁷⁷ olması gerekir. Buna göre zararın ağırlığı, mağdurdan soyutlanarak yalnızca nicelik bakımından tespit edilemez. Örneğin herhangi bir sosyal risk faktörü neticesinde ortaya çıkan on bin liralık bir zarar, yıllık cirosu milyonlarca lirayı bulan bir iş adamı için nisbî anlamda “ağır” bir zarar olarak nitelendirilemez. Bu kişinin uğradığı zararın tazmini için tam yargı davası açması hâlinde idarî yargı yeri, eğer bilinen anlamda idareye bir hizmet kusuru atfedilebiliyorsa tazminata hükmedecek, bu mümkün değilse zararın nisbî anlamda ağır olmamasından ötürü sosyal risk değerlendirmesine girmeyecektir. Zarar unsuru bakımından bu koşulun aranması, “sosyal adaleti sağlamaya çalışırken başka bir yönden bu adaleti bozduğu” gerekçesiyle sosyal risk ilkesine getirilen eleştirileri de önleyecektir.

3) *Yaygınlık*: Sosyal risk ilkesince karşılanacak zarar, yalnızca bir kişiye değil, seri hâlinde bir mağdur grubuna yönelecek şekilde *yaygın (dommages sériel)*²⁷⁸ olmalıdır. Zararda aranan bu özellik, arızî nitelikteki

²⁷⁷ [Sosyal risk sorumluluğuna başvurabilmek için] “Öncelikle nitelik itibarıyla ağır bir zarar (dommage grave) var olmalıdır.” ATAY, *İdare*, s. 745.

²⁷⁸ “Bahse konu zarardan önemli ölçüde zarara uğrayan bir seri mağdur bulunmalıdır. Burada seri hâlindeki zararlardan (dommages sériel) söz edilmektedir.” ATAY, *İdare*, s. 745.

olayların sosyal risk kapsamında görülmesine mâni olur. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki yaygınlık kriteri, “tek olaydaki mağdur çokluğu”nu değil, zararın toplumun geneli tarafından bilinen ve daha önce farklı yerlerde müteaddit defalar gerçekleşmiş (terör ve kitle hareketleri gibi) bir “risk kategorisi”ne dâhil olmasını ifade eder²⁷⁹.

4) *Kışkırtıcılık*: Sosyal risk ilkesi gereğince tazmin edilecek zarar, bir şekilde karşılanmadığı takdirde toplumun büyük bölümünde infial uyandırma potansiyeline sahip bir zarar olmalıdır. Kışkırtıcılık değerlendirmesi yapan yargıç, toplum vicdanının “bu zarar bir şekilde karşılanmalı” düşüncesiyle harekete geçip geçmeyeceğini -gerekirse sosyolog ve psikologların bilirkişiliğine başvurmak suretiyle- tespit etmelidir.

Sosyal risk ilkesinin içtihadî bir sorumluluk esası olarak yeniden inşası için zarar unsuru bakımından önerilen bu ek nitelikler, zihinlerde birçok soru işareti uyandırabilir. Bu soruları bertaraf etmek için evvelâ şunu belirtmek gerekir: önerdiğimiz yeni yaklaşım, idarenin sorumluluğu bakımından hizmet kusuru ilkesinin aslî ve birincil karakterini ortadan kaldırmamakta, yalnızca özel bir zarar türü için yeni bir “tamamlayıcı yol” açmaktadır. Buna göre idarî yargı yerleri, önlerine gelen olayda öncelikle zararlar idare arasında doğrudan illiyet bağı kurulup kurulamayacağına bakacak, bu mümkün olduğu takdirde ilk olarak hizmet kusuruna, daha sonra ise kusursuz sorumluluğa yöneleceklerdir. Eğer zararlar idare arasında bilinen anlamda bir illiyet bağı kurulamıyorsa, yargı yeri bu kez sosyal risk yaklaşımına başvuracak, zarar unsurunda yukarıda sayılan ek niteliklerin *tamamının* mevcut olması hâlinde

²⁷⁹ Uğur Mumcu suikasti, yaygınlık kriteri açısından bir örneklik değerine sahiptir. Zira somut olayda bir kişi hayatını kaybetmesine rağmen, ortaya çıkan zarar, Türk toplumunun yıllardır aşına olduğu, ülkenin her noktasında meydana gelmesi muhtemel “terörist saldırılar” kategorisinde yer almakta ve “yaygınlık” kriterini karşılamaktadır. [Mumcu’nun bombalı bir terörist saldırı neticesinde hayatını kaybetmesinden sonra yakınları tarafından açılan tam yargı davasında ilk derece mahkemesi -kusursuz sorumluluğun illiyet bağı aranmayan bir türü olarak- sosyal risk ilkesi uyarınca idarenin sorumluluğuna karar vermiş, Danıştay 10. Dairesi ise Terörle Mücadele Kanunu’nun 20. Maddesine dayanarak idarenin hizmet kusuru bulunduğu hükmetmiştir. Ne var ki, ilgili kanun maddesi, terör örgütlerinin açık hedefi hâline gelen “tanık” veya “ihbarcı” niteliğindeki kişilerin “talep hâlinde” korunmasını düzenlemekte ve Uğur Mumcu’yu kapsamamaktadır. Başka bir deyişle Mumcu suikastıyla ilgili bilinen anlamda bir hizmet kusuruna erişmek mümkün değildir. (Aynı yönde tespitler ve kararın eleştirisi için bkz. GÖZLER, *İdare*, cilt: II, s. 1138-1141). Karar metni için bkz. D.10.D., 23.06.1997, E. 96/3996, K. 97/2544, DD, sayı: 95, s. 637-640]

kusur karinesi benimsemek ve illiyet bağıını geniş yorumlamak suretiyle idarenin sorumluluğuna hükmedecektir.

Zararda aranması önerilen ek nitelikler, -klâsikleşmiş deyimle- normal orta zekâlı bir vatandaşın gözüyle “dışarıdan” ve objektif bir surette değerlendirilmelidir. Bombalı bir terör saldırısında zarar gören iki bisikletten birinin son derece fakir bir adama ait olduğunu ve adamın işine gidip gelirken bu bisikleti kullanmak zorunda olduğunu düşünelim. Zarar gören diğer bisiklet ise zengin bir adamın oğluna doğum günü için aldığı bir bisiklet olsun. Bu olayla ilgili olarak açılacak davalarda²⁸⁰ idarî yargı yeri, evvelâ bu zararlara idarenin bir davranışının doğrudan doğruya sebep olup olmadığına bakacaktır. Zararla idare arasında direkt bir illiyet bağı bulunmaması hâlinde sosyal risk yaklaşımı devreye girecek ve iki somut zarar, yukarıdaki kriterler çerçevesinde ayrı ayrı teste tâbi tutulacaktır.

Her iki zarar da terörist bir saldırıdan kaynaklandığı için “kaçınılmaz ve doğrudan toplumsallık” ve “yaygınlık” kriterlerini sağlamaktadır. Ne var ki “nisbî ağırlık” ve “kışkırtıcılık” kriterleri bakımından iki zararın “eşit” olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira fakir adamın işine giderken kullanabildiği tek ulaşım aracı olan bisikletin zayi olması, “dışardan” bir gözle bakıldığında mağdurun toplum içinde yaşama azmini kırarak ölçüde ağırdır. Ayrıca bu zararın tazmin edilmemesi, normal bir vatandaşın gözünde infial uyandırıcıdır. Başka bir deyişle bu zarar, toplum vicdanını “zararın bir şekilde tazmin edilmesi gerektiği” yönünde harekete geçirir (kışkırtır). İkinci bisikletin ziyâi ise olaya dışarıdan bakan sıradan birinin gözünde –belki “keşke olmasaymış” dedirtse de- ne “ağır” ne de “kışkırtıcı”dır. Eşit durumda olmayanlara eşit muamele etmek, eşitsizliğin ta kendisidir. Bu bakımdan, ilk bakışta aynı olaydan doğan iki zarardan birinin tazmin edilip diğerinin edilmemesi eşitlik ilkesine aykırı gibi görünse de, önerilen kriterler çerçevesinde biraz daha detaylı düşünüldüğünde vaziyetin tam aksi olduğu

²⁸⁰ Her iki bisiklet için dava açıldığını –muhtemel itirazları bertaraf etmek adına- farz ediyoruz. Yoksa pratikte zengin adamın bir bisiklet için idareye dava açması görülecek şey değildir. Bu durum, sosyal risk zararlarının birçoğunun henüz yargı önüne gelmeden kendiliğinden “eleneceğini” de ortaya koymaktadır.

anlaşılır. Zira “görünüştaki eşitlik” kaygısıyla her zararın idareye -ve dolayısıyla topluma- fatura edilmesi, ne makûl ne de âdil olacaktır.

D. İLLİYET BAĞI

İlk bölümde de görüldüğü üzere idare hukukunda idarenin sorumluluğu, esas itibariyle özel hukuktaki klâsik sorumluluk anlayışının kamu hukuku alanına aktarılmasıyla ortaya çıkmıştır. Ne var ki kamu hukuku, konusu, temel prensipleri ve özellikleri ile özel hukuktan neredeyse tamamen farklı ve özgün bir hukuk alanıdır. Hâl böyle olunca kamu hukukunun kendine has sorun ve ihtiyaçlarının özel hukuktaki klâsik sorumluluk anlayışıyla karşılanması aslında sözü edilen “aktarım”ın ilk anından beri mümkün ol(a)mamıştır. Bu sebeple kamu hukukunda sorumluluğun mimarı olan Conseil d’Etat, ne kusur sorumluluğunu ne de kusursuz sorumluluğu özel hukuktaki biçimiyle tatbik edebilmiş ve “hizmet kusuru” gibi idare hukukuna özgü yeni kavramlar ihdas etmek veya “tehlike” ve “fedakârlığın denkleştirilmesi” gibi kavramları yeniden yorumlamak durumunda kalmıştır. Sosyal riskler neticesinde artarak yaygınlaşan yeni zarar türleri, idare hukukunun “illiyet bağı” konusunda da özel hukuk anlayışıyla “yollarını ayırması gerektiğini” göstermektedir.

Hukukta, gerçekleşen zararlar sorumluluğu doğuran olgu (olay veya fiil) arasındaki sebep-sonuç ilişkisine illiyet bağı denir²⁸¹. Tanımı okunduğunda oldukça basit ve açık gibi görünse de, birçok hukukî kavramda olduğu gibi illiyet bağının temelinde de aslında çok ciddî bir belirsizliğin bulunduğu²⁸² anlaşılmaktadır. Bu belirsizlik, illiyet (nedensellik) konusunu Gazali’den Kant’a, Mill’den Hume’a kadar bütün düşünürlerin ortak sorun alanlarından biri hâline getirmiştir²⁸³.

²⁸¹ EREN, Fikret; **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara 1975, s. 1.

²⁸² İlliyet kavramı, belirsizliği sebebiyle bütün dünya düşünürlerinin en başta gelen felsefî sorun alanlarından biri olmuştur.

²⁸³ Gazali’nin illiyet sorunu hakkındaki görüşleri için bkz. AIBLON, İlai; “Gazali’nin Sebeplilik Görüşü”, (Çeviren: Rabia Geçdoğan), **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, XLIX (2008), sayı: II, s. 385-398.

İllyet bağının temel varsayımı olan sebep-sonuç ilişkisinin ne derece “havada” durduğu, küçük bir felsefi / bilimsel analiz yardımıyla hemen anlaşılabilir: Sebep, belli bir sonuç için gerekli olan bütün şartların toplamıdır²⁸⁴. Bu şartlar, olumlu ve olumsuz şartlar şeklinde ikiye ayrılır. “Sonuç” denilen şeyin ortaya çıkabilmesi için yalnızca olumlu şartların bir araya gelmesi kâfi değildir. Aynı zamanda bunların etkilerini yok edebilecek olumsuz şartların da mevcut olmaması gerekir. Örneğin “yangın” sonucunun doğabilmesi için, yanan bir sigaranın ormana atılmış olması yeterli değildir. Tutuşacak kuru otlar, rüzgâr, oksijen ve ağaçlar olmadan yangın çıkmaz. Dahası, bütün bunlar mevcut olsa bile yağmurun da yağmaması, yani olumsuz şartın da gerçekleşmemesi icap eder. Mantık çerçevesinde bu şartlardan herhangi birinin “öncelenmesi” ve tek başına “sebep” olarak kabul edilmesi mümkün değildir. O hâlde felsefî anlamda sebep, bir sonucu doğuran bütün şartların aynı anda var olmasını ifade eden bir bütünlükten başka bir şey değildir²⁸⁵. Bu hakikat, zamanın başlangıcından beri gerçekleşen hadiselerin iç içeliği ve karmaşıklığıyla birlikte düşünüldüğünde insanî fiillerin belli bir sonuca “sebep” olduğu çıkarımı, zihnimizin karanlıklarında kaybolacaktır²⁸⁶. Nitekim David Hume, nedensellik algısının alışkanlıklarımızdan kaynaklanan zorunlu fakat boş bir inanç olduğunu ifade ederek bu gerçeği ortaya koymuştur²⁸⁷.

Olaylar arasındaki sebep-sonuç ilişkisi, felsefeciler kadar bilim adamlarını da meşgul etmiştir. En aşırı ifadesini Newtoncu mekanik evren anlayışında bulan determinist yaklaşım, evrendeki hadiselerin tamamının, kendilerinden önce gerçekleşen bütün diğer hadiselerin zorunlu sonucu olduğunu ileri sürmektedir²⁸⁸. Son yüzyıl içerisinde parçacık fiziği ve teorik fizik alanında ortaya çıkan önemli gelişmeler, felsefî sebep kavramıyla bir

²⁸⁴ MİLL, John Stuart; **System of Logic and Inductive**, Londra 1886’dan aktaran EREM, Faruk; “Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin”, **AÜHFD**, (1968), s. 3.

²⁸⁵ NICOLESCO, Mihail, **Notion de Dommage Direct**, Paris 1931, s. 18’den aktaran: EREN, s. 13.

²⁸⁶ TANDOĞAN, **Mesuliyet**, s. 72.

²⁸⁷ ÖKTEM, Ülker; “David Hume ve Immanuel Kant’ın Kesin Bilgi Anlayışı”, **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi**, 44, 2(2004), s. 32.

²⁸⁸ **Grand Larousse Encyclopédique**, Tome: IV, Librairie Larousse, Paris 1961, s. 22, “Déterminisme” maddesi.

derece uyumlu olan determinizmi temelinden sarsmış ve illiyet meselesini tamamen belirsiz bir hâle getirmiştir. Heisenberg'in mikro-fizikte doğan bu yeni paradigmaya dayanarak ileri sürdüğü kesinsizlik (belirsizlik, indeterminizm) ilkesi²⁸⁹, yalnızca fizik değil, kimya, biyoloji, astronomi ve psikoloji gibi birçok farklı alanda da hâkim anlayış olan “mutlak illiyet” fikrini “ihtimalî illiyet”e dönüştürerek temelinden sarsmıştır²⁹⁰.

İllyet bağı, derine inildiğinde varlığı dahi tartışılan oldukça belirsiz bir kavram olmakla birlikte, günlük hayatta insanlar tarafından “var sayılan” bir ilişkidir. Başka bir deyişle insanlar, belli bir sonucu doğuran bütün şartları incelemeksizin bu şartlardan bir veya birkaç tanesini “tercih” etmekte ve bu şarta / şartlara “sebepe” adını vermektedir. Bu yüzden günlük hayatta belli bir olayın sebebinin ne olduğu, kişilere ve bakış açılarına göre farklılık arz eder²⁹¹. Örneğin kaldırırmda yürürken kayıp düşen birinin ölüm sebebi, bir hekime göre kişinin omurgasının normalden daha fazla kırılğan olması, başka birine göre kaldırırım taşlarının kaygan malzemeden yapılması, diğere bir kimseye göre belediyenin “dikkat, kaygan zemin” yazılı bir uyarı levhası koymamış olması, başka birine göre ise ölen kişinin adımlarını dikkatsizce atması olabilir.

İllyet bağının felsefede, bilimde ve günlük hayatta kazandığı farklı anlamlar, bu kavramın hukukta nasıl anlaşılması ve kullanılması gerektiği konusunda teorik tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Felsefî ve bilimsel “sebepe” kavramından hareket eden *şartların eşitliği* (*şart, zorunlu şart, muadelet*) *teorisi*, belli bir sonucun ortaya çıkması için gereken olumlu ve olumsuz şartların tamamına illiyet bakımından eşit değeri vermekte ve hepsini “sebepe” olarak adlandırmaktadır. Buna göre bir unsur yok farz edildiğinde netice doğmuyorsa, o unsur o neticenin zorunlu şartı (*conditio*

²⁸⁹ Heisenberg ve görüşleri hakkında daha detaylı okuma için bkz. ÇELİK, Haşim Cem; “Heisenberg, Nedensellik ve Determinizm”, **Felsefe Dergisi**, sayı: 4, s. 123-134.

²⁹⁰ EREN, s. 8-9.

²⁹¹ EREN, s. 15-16.

sine qua non) ve dolayısıyla sebebi kabul edilir²⁹². Şartların eşitliği teorisi, bundan dolayı yakın şart - uzak şart ayrımını ve neticenin zorunlu şartlarından herhangi birinin diğerine tercih edilmesini de reddeder²⁹³.

Doğanın ve toplumun gerçekleri, her zaman için birbiriyle örtüşmez. Merkezinde “beşerî davranış”ın yer aldığı toplumsal dinamikler, yalnızca doğa bilimleri veya felsefeyle açıklanamayacak özerk bir varoluşa sahiptir. O hâlde bilimsel ve felsefî “doğru”ların sosyal anlamda her zaman “doğru” olmadığı / olamayacağı açıktır²⁹⁴. Adalet ve hakkaniyet duygularının tatminini amaçlayan sosyal bir disiplin olmak itibarıyla hukukun da, doğadan ve felsefeden bağımsız bazı gerçekleri ve gereklilikleri vardır²⁹⁵. İlliyet bağı konusunda şartların eşitliği teorisinin benimsenmesi, doğa bilimleri ve felsefe açısından tutarlı olsa bile, sorumluluk alanını hem zaman, hem kişi bakımından çok fazla genişletecektir. O hâlde bu teorinin “sebeplilik illüzyonu” içerisinde akıp giden toplum hayatına tam olarak uygulanması ve bu suretle hakkaniyet duygusuna hitap edebilmesi mümkün ve hatta gerekli değildir²⁹⁶. Bu durum, illiyet bağının hukukî anlamı konusunda, neticeyi ortaya çıkaran şartlardan birini önceleyerek ona “sebebe” adını veren “tercih teorileri”ni ortaya çıkarmış²⁹⁷ ve hukukî illiyet bağını günlük hayattaki anlamına yakınlaştırmıştır.

Alman fizyolog Von Kries’in ortaya attığı *uygun illiyet bağı* teorisi, Alman, Fransız, İsviçre ve Türk hukukunda en yaygın biçimde kabul gören

²⁹² Anglo-Amerikan Hukukunda illiyet bağının tespiti için kullanılan “*but for*” testi, benzer bir sorgulamayı içerir. ÖZDEN MERHACI, Selin; “Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmâl Dayanan Haksız Fiiller”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/4, s. 192.

²⁹³ EREM, s. 4.

²⁹⁴ KELSEN, Hans; “Nedensellik ve İsnadiyet”, (Çeviren: Zeki Hafızoğulları), *AÜHFD*, yıl: 1978, cilt: 35, sayı: 1, s. 219-220.

²⁹⁵ Sorumluluk bakımından ahlâk, hakkaniyet, illiyet ve isnadiyet kavramlarının iç içe değerlendirilmesi için bkz. MAZÈRES, Jean -Arnaud; “Recherche sur les Fondements Méta-éthiques de la Responsabilité”, *Vers de Nouvelles Normes en Droit de la Responsabilité Publique?* Paris 2001, s. 321-348.

²⁹⁶ TUHR, Von / SIEGWART; *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, I. Halbband, Zürich 1942, s. 89’den aktaran: EREN, s. 28.

²⁹⁷ “Şart nazariyesinin izah edilen bu tatbikî kifayetsizliği, diğer birçok nazariyelerin ortaya atılmasını davet etmiştir. Bunların, şartlar yığını içerisinde hakikî illetleri meydana çıkarma imkânını vermeleri lâzım gelmektedir. Bunlara ben toplu olarak ‘tercih nazariyeleri – Auswahltheorien’ adını vermeği muvafık buluyorum.” HONIG, R.; “İlliyet Nazariyesine Dair”, (Çeviren: M. Yavuz Abadan), *İÜHF*, yıl: 1936, cilt: 2, s. 172.

“tercih teorisi”dir²⁹⁸. Teoriye ismini veren “uygun illiyet bağı” kavramı, EREN tarafından şu şekilde tanımlanmaktadır: “(s)omut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeğe genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağa uygun illiyet bağı denilir.”²⁹⁹

Bu teoriye göre illiyet bağının kurulması için, sorumluluğu doğurduğu düşünülen davranışın, evvelâ neticenin “zorunlu şartlar”ından biri olup olmadığına bakılacak, daha sonra ise bu davranışın, “hâdiselerin normal seyrine” ve “hayat tecrübeleri”ne göre neticeyi doğurmaya ne derece “elverişli” olduğu incelenecektir. Görüldüğü gibi uygun illiyet bağı teorisi ilk plânda şartların eşitliği teorisine dayanarak “zorunlu şart” sorgulamasını yapmakta, daha sonra esnek kavramlara dayanan sübjektif bir değerlendirmeye³⁰⁰ bu zorunlu şartın “sebebe” olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine yönelmektedir. Bu bakımdan “uygun illiyet bağı”nın tespit edilmesinde hâkimin vicdanî kanaatinin, hakkaniyet ve adalet duygusunun ve yorum kabiliyetinin önemli bir yeri bulunmaktadır³⁰¹.

Uygun illiyet bağı teorisinin, sorumluluğu “kurmak” ve “sınırlamak” gibi iki ana işlevi vardır³⁰². Özel hukuk ve ceza hukuku disiplinleri, bu teorinin sınırlayıcı işleviyle büyük ölçüde uyumludur. Zira özel hukuk kişilerinin gerek haksız fiil sorumluluğu, gerekse cezaî sorumluluk bakımından çok geniş bir çerçevede sorumlu tutulması, toplumun hakkaniyet duygusuna aykırı sonuçlar doğurma riski taşır. Gerçekten de, örneğin ruhsatlı ve hukuka uygun şekilde el değiştirmiş bir silâhla işlenen cinayetten sırf bu cinayete “sebebe olduğu” için silâhı satan kişinin de sorumlu tutulması ve hürriyeti bağlayıcı bir yaptırımla karşı karşıya gelmesi vicdanî açıdan kabul edilebilir bir şey

²⁹⁸ EREN, s. 7.

²⁹⁹ EREN, s. 52.

³⁰⁰ Uygun illiyet bağı teorisinin temellendirilmesinde kullanılan “olayların normal seyri”, “genel hayat tecrübesi” gibi kavramlar, doktrinde yeterince açık ve objektif olmadıkları gerekçesiyle eleştirilmektedir. ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 141.

³⁰¹ EVREN, Çınar Can; “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, **GÜHFD**, cilt: XIV, yıl: 2010, sayı: 1, s. 266.

³⁰² EREN, s. 54.

değildir. Bununla birlikte, illiyet bağının “sınırlı” bir şekilde yorumlanması her zaman âdil neticeler vermeyebilir. Bu nedenledir ki özel hukuk ve ceza hukukunda dahî “ev başkanının sorumluluğu”, “hayvan sahibinin sorumluluğu”, “azmettirme” ve “yardım etme” gibi müesseseler öngörölmüş ve ihtiyaç duyulan hususlarda malî ve cezaî sorumluluğun genişletilmesi yoluna gidilmiştir.

İdare hukuku, sorumluluğun kapsamına ilişkin sosyal ve vicdanî realiteler bakımından özel hukuk ve ceza hukukunun tam aksi bir karaktere sahiptir. Özel hukuk kişilerinin sorumluluğunda toplumsal beklenti “sınırlama” yönündeyken, kamu tüzel kişilerinin (idarenin) sorumluluğunda ise hakkaniyet duygusu “genişleme” yönünde tecelli eder. Çünkü toplum, bizzat kendisinin yetkilendirdiği, şiddet tekeli ve diğer kamu gücü ayrıcalıklarıyla donattığı devleti, ülke sathındaki bütün olumsuzluklardan –arada doğrudan bir sebep sonuç ilişkisi bulunmasa bile- sorumlu görme eğilimindedir³⁰³. İlliyet bağı kavramının temelindeki felsefî belirsizlik, tercih teorilerinin “günlük hayat”a verdikleri referans ve uygun illiyet bağı teorisinin sağladığı esnek değerlendirme imkânı göz önüne alındığında, illiyet bağının -idare hukuku alanındaki sosyal realiteye ve hakkaniyet anlayışına paralel bir biçimde- geniş yorumlanmasının pekâlâ mümkün olduğu görülür. İlliyet bağının varlığı için zararlar idare arasında “somut ve doğrudan bir sebep-sonuç ilişkisi” aramak yerine zararın herhangi bir kamu hizmetiyle bağlantılı olmasını yeterli gören bir yorum tarzı, sosyal devlet ve hukuk devleti ilkeleriyle daha uyumlu olacaktır³⁰⁴.

Sosyal risk ilkesi uyarınca idarenin sorumlu tutulduğu Danıştay kararlarında, bu ilkenin illiyet bağının “aranmadığı” istisnaî bir sorumluluk türü

³⁰³ Türk İstiklâl Marşı şâiri Mehmed Âkîf’in 1910 senesinde Sırât-ı Müstakîm dergisinde, 1911 senesinde ise ilk Safahat’ta yayımlanan “Kocakarı ile Ömer” adlı şiirinde geçen şu iki mısra, toplumun hakkaniyet anlayışını ve idareyi sorumlu tutma eğilimini oldukça veciz bir biçimde özetlemektedir:

*“Kenâr-ı Dicle’de bir kurt aşırda bir koyunu,
Gelir de adl-i İlâhî sorar Ömer’den onu!”*

³⁰⁴ ÖZAY, İl Han; **Günışığında Yönetim**, İstanbul 2004, s. 830; EVREN, s. 269; ÖZYÖRÜK, s. 250 vd.; DÜREN, s. 329. DÜREN ve ÖZYÖRÜK, illiyet bağı konusundaki bu yorumu kusursuz sorumluluk bakımından getirmektedir. Kanaatimizce genişletici yorumun hizmet kusuru için de uygulanması mümkün olabilir.

olduğu belirtilmektedir³⁰⁵. Danıştay'ın bu yaklaşımı, zihinlerde şu iki soruyu (itirazı) uyandırmaktadır: Sosyal riskler neticesinde ortaya çıkan zararlarla idare arasında gerçekten illiyet bağı kurulamaz mı? Eğer kurulamıyorsa, illiyet bağı unsurunun tamamen ortadan kaldırıldığı bir sorumluluk türü "icat etmek" mümkün müdür?

Terör ve kitle hareketleri gibi sosyal risk faktörlerinden kaynaklanan zararlar da zararı doğuran icraî fiiller, idareye yabancı kişilere aittir. Danıştay, bu vâkıadan hareketle, ortaya çıkan zararlar idare arasında illiyet bağı kurulamayacağını kabul etmektedir. Ne var ki Danıştay'ın bu kabulü, üzerinde fazla durulmamış bir peşin hüküm olarak irdelenmeye ve eleştirilmeye muhtaçtır. Yukarıda açıklandığı üzere, neticeye ön gelen (takaddüm eden) "zorunlu şartlar demeti" içinde yalnızca icraî fiiller (olumlu şartlar) bulunmaz. Başka bir deyişle, zararın "sebebi" olarak "tercih" edilecek zorunlu şart, icraî (olumlu) olduğu kadar, ihmalî (olumsuz) bir fiil de olabilir. Bu bakımdan illiyet bağının, zararın doğmasına ortam hazırlayan ihmalî idarî davranışlar üzerine inşa edilmesi (zarar görünürde idareye tamamen yabancı kişilerin icraî fiilleriyle ortaya çıksa bile) imkân dâhilindedir³⁰⁶. Zira davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağının kurulabilmesi için idarî eylemin zararın doğumu veya artışına katkı sağlamış olması yeterlidir³⁰⁷. Örneğin Reyhanlı'da gerçekleşen bombalı saldırıda³⁰⁸ zararı doğuran icraî fiiller

³⁰⁵ Danıştay, sosyal risk ilkesine dayanarak idarenin sorumluluğuna hükmettiği bütün kararlarında, illiyet bağıyla ilgili şu ifadeleri -neredeyse bir kalıp hâlinde- kullanmaktadır: "*Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. Ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da nedensellik bağı aramadan tazmin etmesi gerekmektedir. Kolektif sorumluluk anlayışına dayalı, sosyal risk adı verilen bu ilke, öğreti ve yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir.*" D.10.D., E. 95/1102, K. 96/5774, 04.10.1996, (Erişim: www.kararaara.com, 20.03.2013).

³⁰⁶ "*Gerçekten, idarenin kendiliğinden yaptığı eylem ve işlemler, yani olumlu davranışlar sonucu kişilere verdiği zararları ödemekle yükümlü olduğu kabul edilirken; varlık nedeni olan kamu faaliyet ve hizmetlerini hiç ifa etmemesi, yani olumsuz tutumu hâlinde doğan zararlardan sorumlu tutulmaması mümkün değildir. Özellikle çağdaş idarenin, sosyal devlet ilkesi gereği, bireylere ve topluluklarına yararlar ve somut edimler sağlamakla görevli ve yükümlü olduğu göz önüne alınırsa; olumlu işlem ve eylemleri kadar, ve belki de daha çok, olumsuz tutum ve davranışlarıyla ilgililere zarar vermesi ihtimali vardır.*" DURAN, **Türkiye İdaresinin**, s. 74.

³⁰⁷ AKYILMAZ, Bahtiyar; **Kamu Görevlilerinin Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Konya 1991, s. 173.

³⁰⁸ Hatay'ın Reyhanlı ilçesinde gerçekleşen bombalı saldırıda 51 kişi hayatını kaybetmiş, onlarca kişi yaralanmış, ilçenin neredeyse yarısını ortadan kaldıracak derecede büyük maddî hasar meydana

teröristlere ait olsa da, bu zararın ortaya çıkmasında idarenin güvenlik kamu hizmeti kapsamında “yapmadığı” birçok şeyin (sözgelimi istihbarat birimleri arasındaki uyumsuzluğun, gelen ihbarlar üzerinde gereken dikkat ve özenin gösterilmemesinin veya haber alma kaynaklarının yeterince genişletilmemesinin) de etkili olduğu unutulmamalıdır.

İdarenin neticeye etki eden ihmalî davranışları dikkate alınmak ve uygun illiyet bağı teorisinin esnek karakterinden yararlanmak suretiyle sosyal risk ilkesi kapsamındaki zararlarla idare arasında illiyet bağının kurulması mümkündür. Bir an için bunun mümkün olmadığı farz edildiğinde, Danıştay’ın sosyal risk ilkesine ilişkin değerlendirmesinin iyice çıkmaza girdiği görülür. Zira illiyet bağı kurulmadan sorumluluğa hükmedilmesi, hem teorik hem de pratik açıdan olanaksızdır.

Beşerî düşüncenin işleyişi -modern fiziğe göre bir yanılsamadan ibaret olsa bile- illiyet prensibine dayanır. Belli bir netice, herhangi bir hukuk süjesine ancak illiyet bağının varlığı sayesinde isnat edilebilir. Başka bir deyişle, isnâdiyetin ve dolayısıyla sorumluluğun temelinde illiyet bağı yer alır³⁰⁹. Öyle ki, illiyet bağı tamamen ortadan kaldırıldığı takdirde artık “sorumluluk”tan değil, olsa olsa sigorta benzeri bir tazmin yükümlülüğünden söz edilebilir. O hâlde illiyet bağı, esnetilme ve geniş yorumlanma imkânına sahip olmakla birlikte, tamamen ortadan kaldırılması asla mümkün olmayan bir sorumluluk unsurudur. Bu bakımdan Danıştay’ın “illiyet bağı aranmayan bir sorumluluk”tan bahsetmesi, “canlı bir ölüden” söz etmekle eşdeğerdir³¹⁰.

gelmiştir. “Cumhuriyet Tarihinin En Kanlı Saldırısı Oldu”, **Akşam**, 11 Mayıs 2013, <http://www.aksam.com.tr/siyaset/cumhuriyet-tarihinin-en-kanli-saldirisi-oldu/haber-204821>, (Erişim: 14 Mayıs 2013).

³⁰⁹ EREN, s. 1.

³¹⁰ GÖZLER, Danıştay’ın illiyet bağını ortadan kaldıran yaklaşımını oldukça sert bir üslûpla eleştirmektedir: “Sorumluluk için illiyet bağının aranması evrensel bir hukuk ilkesidir. Bu bakımdan Türk Danıştayının evrensel hukuktan apayrı bir hukuk anlayışına sahip olduğundan kuşku duyulabilir. Yine şunu da vurgulayalım ki, sorumluluk için illiyet bağı gerekmesi ilkesi sadece hukuk düşüncesinde değil, genel olarak insan düşüncesinde mevcut bir ilkedir. İlkel toplumlar dışında her zaman olaylar arasında neden-sonuç ilişkisi kurulmuştur. Hatta illiyet bağı tabiatıta mevcut bir ilkedir. Belirli sebepler altında belirli sonuçlar oluşur. Her sonuç kendi sebebini teşkil eden olaydan doğar. Sebepsiz bir olay olmaz. Bir sebep, kendi sonucu dışında bir başka sonucu doğuramaz. İstenmeyen bir sonuçla karşılaşılırsa, bir başka sebep değil, o sonuca yol açan sebep ortadan kaldırılmaya çalışılır.

İdarenin sorumluluğu bakımından illiyet bağı unsurunun aranmaması, pratikte de imkânsızdır. Anayasa'nın 125. maddesi, idarenin *kendi eylem ve işlemlerinden doğan* zararları ödemekle yükümlü olduğunu belirtmek suretiyle zararlar idare arasındaki illiyet bağını vurgulamaktadır³¹¹. Ayrıca İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 2 / 1 - b hükmünde yer alan "idarî eylem ve işlemlerden *dolayı* kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları" ifadesi karşısında, herhangi bir idarî işlem veya eylemle ilişkilendirilemeyen bir zararın karşılanması için idarî yargıda dava açılması, açılmış olsa bile idarî yargı yerinin bu davaya bakarak tazminata hükmetmesi mümkün değildir.

Sosyal risk ve illiyet bağı hakkında buraya kadar yapılan açıklama ve değerlendirmeleri maddeler hâlinde toparlamak gerekirse şunlar söylenebilir:

- 1) *İllyet bağı, özü itibariyle belirsiz ve genişletilmeye / esnetilmeye müsait bir kavramdır.*
- 2) *Bununla birlikte, illiyet bağı kurulmadan gerek idarenin, gerekse herhangi bir hukuk süjesinin "sorumluluğundan" bahsetmek –hem teorik, hem pratik açıdan- mümkün değildir.*
- 3) *İdarî yargı yerleri, tıpkı kusur unsurunda olduğu gibi, illiyet bağı unsurunu da idare hukukunun kendine has sosyal ve vicdanî realitelerine uygun bir biçimde yeniden inşa etmeli ve idarenin sorumluluk alanını sosyal riskleri de kapsayacak şekilde genişletmelidir.*
- 4) *Türk Danıştay'ı, belli bir dönemde yoğunlaşan ve mağduriyet yaratan sosyal risklerin idare tarafından karşılanmasını arzu etmiş, takdirle karşılanabilecek bu amaca rağmen, hukukun genel prensipleriyle uyuşması mümkün olmayan son derece sorunlu ve nev'i şahsına münhasır bir "sosyal risk ilkesi"nin mucidi olmuştur. Danıştay'ın bu sorunlu içtihadı imza atarken "aceleyle yanlış iliklediği*

Kanımızca, Danıştay(...) Dairesinin(...) kararı sadece idare hukuku ilkelerine değil, bütün hukuk mantığına, hatta genel olarak insan aklına ve dahi tabiat kanunlarına aykırıdır." (GÖZLER, **İdare**, cilt: II, s. 1233).

³¹¹ AKYILMAZ, s. 183-184.

ilk düğme” ise, sosyal risk neticesinde oluşan zararlarla idare arasında illiyet bağının bulunmadığı tespitidir.

III. İDARENİN SORUMLULUĞUNU ETKİLEYEN DURUMLAR VE SOSYAL RİSK İLKESİ

İdarenin sorumluluğu, bazı hâllerde azalabilir veya tamamen ortadan kalkabilir. Çalışmanın bu kısmında, idarenin sorumluluğunu etkilediği kabul edilen “mücbir sebep”, “beklenmeyen hâl”, “zarara uğrayan kişinin kusuru” ve “üçüncü kişinin kusuru” gibi durumların sosyal risk ilkesi bakımından ne ifade ettiği incelenecektir.

A. MÜCBİR SEBEP

Özel hukuk kişilerinin hareket ve etkinlik kabiliyeti; gerek bilgi, gerekse güç bakımından oldukça sınırlıdır. Bu durum, özel hukuk kişilerinin, kendi dışlarında gerçekleşen, öngörülemez ve karşı konulamaz olaylardan dolayı sorumlu tutulmamasını gerektirir. Roma hukukundan beri özel hukuk öğretisinde yer alan mücbir sebep kavramı³¹², idarenin sorumluluğu alanında da kullanılmaya başlamış ve “*yer sarsıntısı, feyezan (taşkın, su baskını), ihtilal gibi önceden takdir ve tahmini kabil olmayan, kökeni tabii, sosyal ve hukuki olması itibarıyla failin dışında kalan ve bu kişi tarafından önleme olanağı olmayan olaylar*”³¹³ şeklinde tanımlanmıştır³¹⁴.

İlliyet bağıni keserek idarenin hem kusurlu, hem de kusursuz sorumluluğunu kaldıracağı kabul edilen³¹⁵ mücbir sebebin bazı özellikleri

³¹² GÖZÜBÜYÜK, Pulat Abdullah; **Sözleşmelerin Fesih ve Tadili Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller**, Ankara 1945, s. 16, 50.

³¹³ D.12.D., 18.06.1975, E. 72/2721, K. 75/1343, aktaran: YAYLA, Yıldızhan; “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, (Ankara 12-13 Mayıs 1979), İstanbul 1980, s. 47.

³¹⁴ Conseil d’Etat, imtiyazcı şirketin grev nedeniyle deniz yoluyla posta taşıma işini zamanında yerine getirememesi nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkla ilgili verdiği *Compagnie des Messageries Maritimes* kararında mücbir sebebin unsurlarını olayın sözleşmecinin iradesinden bağımsız olması, öngörülemez ve engellenemez nitelikte olması ve sözleşmenin ifasını imkânsız kılması olarak belirlemiştir. (CE, 29.01.1909, RDCE 1909, s. 111).

³¹⁵ DÜREN, s. 331.

vardır. Mücbir sebebin ilk özelliği olarak ifade edilen *dışsallık (haricîlik)*³¹⁶, mücbir sebep teşkil edecek olayın gerek mekân, gerekse etkinlik bakımından kişinin çevresi “dışından” kaynaklanması anlamına gelir³¹⁷.

İdare hukuku açısından bir olayın mücbir sebep kabul edilmesi ve idarenin sorumluluğunun ortadan kalkması için bu olayın idarenin iradesinin tamamen dışında olması ve idareye herhangi bir şekilde atfedilememesi gerekir³¹⁸. Bu bakımdan yıldırım düşmesi³¹⁹, şiddetli yağış³²⁰ ve heyelân³²¹ gibi olaylar, doğadan kaynaklanmaları ve idarenin iradesi dışında ortaya çıkmaları itibarıyla “dışsallık” kriterini karşılamaktadır³²². Dışsallık özelliği mücbir sebebi, idarenin sorumluluğunu etkileyen diğer bir durum olan “beklenmeyen hâl” den ayırır. Zira beklenmeyen hâlde sorumluluğu etkileyen (kaldıran veya azaltan) olay, idarî faaliyetin “içinden” neşet etmektedir³²³.

Öngörülemezlik, mücbir sebebin ikinci özelliğidir. Buna göre mücbir sebep; ortaya çıkış yer ve zamanı, yoğunluğu ve doğuracağı sonuçlar bakımından mevcut bilimsel ve teknik imkânlarla önceden tahmin edilemeyecek derecede fevkalâde bir olay olmalıdır³²⁴. Bu bağlamda eğer bir olay sık sık tekrarlanıyorsa, daha önce yeri ve zamanı belirlenebilir şekilde gerçekleşmişse veya öncekilerin çok üzerinde (olağandışı) bir yoğunluk arz etmiyorsa “öngörülemez” değildir³²⁵. Örneğin Conseil d’Etat, meydana gelen heyelân üzerine verdiği 1986 tarihli bir kararında, aynı yerde 1917 senesinden beri en az üç heyelân daha gerçekleştiği tespitinden hareketle,

³¹⁶ YAYLA, dışsallığı mücbir sebebin “yapıcı” değil “ayırıcı” bir unsuru olarak görmektedir. Bkz. YAYLA, Mücbir Sebep, s. 49.

³¹⁷ EREN, s. 179.

³¹⁸ GÖZLER, cilt: II, s. 1222.

³¹⁹ AYİM 3. D. 11.01.1977, E. 75/24, K. 77/301, aktaran: ATAY, Ender Ethem / ODABAŞI, Hasan; **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara 2010, s. 210, dn. 86.

³²⁰ D.12.D., 02.05.1972, E. 69/3812, K. 72/1311, aktaran: ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 182.

³²¹ D.10.D., 17.06.1998, E. 96/4488, K. 98/2665, DD, sayı: 98, s. 563.

³²² ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 182.

³²³ YUMUK, Hamit; **İdarî Yargıda Tazminat Davası**, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2005, s. 173; GÜNDAY, **İdare**, s. 385.

³²⁴ EVREN, s. 283; YAYLA, Mücbir Sebep, s. 51; YUMUK, s. 165.

³²⁵ GÖZLER, cilt: II, s. 1222-1223; YAYLA, Mücbir Sebep, s. 50-54.

olağanüstü şiddette olsa da bu heyelânın mücbir sebep sayılamayacağına hükmetmiştir³²⁶.

Mücbir sebebin üçüncü özelliği, *karşı konulamazlıktır*. *Önlenemezlik* de denen bu özellik, mücbir sebep teşkil edecek olayın, bizatihi kendisinin veya yol açacağı zararların mevcut imkânlarla hiçbir şekilde engellenememesi anlamına gelir. Tariften de anlaşılacağı üzere karşı konulamazlık, hem olay, hem de olayın sonuçları bakımından –tâbiri câizse– “terditli” bir biçimde düşünülmesi gereken bir özelliktir³²⁷. Bu bakımdan örneğin birinci derece deprem bölgesi içinde yer alan bir şehirde depremin “olması”na karşı konulamazken, bu depremin zararlı neticeler doğurmasına “karşı koymak” mümkündür³²⁸.

Herhangi bir olayın mücbir sebep kabul edilerek idarenin sorumluluğunu kaldırması; dışsalılık, öngörülemezlik ve karşı konulamazlık özelliklerinin üçünü birden göstermesine bağlıdır³²⁹. Bu bakımdan örneğin doğal âfetler, her ne kadar “dışsal” olsalar da, “öngörülebilir” veya “karşı konulabilir” bulundukları sürece mücbir sebep niteliği taşımazlar³³⁰.

Özel hukuktan idare hukukuna aktarılan birçok kavramda olduğu gibi, mücbir sebep kavramı da idare hukukunun kendine has paradigması içerisinde yeniden anlamlandırılmaya ve konumlandırılmaya muhtaçtır. Zira özel hukuk kişileri için mücbir sebep özelliklerinin tamamını taşıyan birçok olay, söz konusu idare olduğunda alelâde bir etkene dönüşebilmektedir. İdare hukukuyla özel hukuk arasındaki bu farklılık, sosyal risk ilkesinin konusunu oluşturan zararlar bakımından oldukça belirgindir. Örneğin bir halk ayaklanması veya terör saldırısı, özel hukuk kişileri için “dışsal”, “öngörülemez” ve “karşı konulamaz” kabul edilebilir. Ancak temel vazifelerinden biri olan “kamu güvenliği” gereğince ülkenin binlerce

³²⁶ CE, 14.03.1986, *Commune de Val d’Isère*, RDCE, 1986, s. 711, aktaran: CHAPUS, cilt: I, s. 1224.

³²⁷ YAYLA, Mücbir Sebep, s. 55.

³²⁸ DİDDGK, 17.01.1997, E. 95/752, K. 97/57, aktaran: KUTLU, Meltem; “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”, *Amme İdaresi Dergisi*, cilt: 32, sayı: 4, (Aralık 1999), s. 20.

³²⁹ EVREN, s. 288-289.

³³⁰ OYTAN, Muammer; *Hizmet Kusuru Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep Anlayışındaki Gelişmeler*, Ankara 1999, s. 12.

noktasında devâsâ bir kolluk gücüne ve geniş bir istihbarat ağına sahip bulunan idare için, aynı olayların, öngörülemezliği ve karşı konulamazlığı bir yana, idarî faaliyetin tamamen “dışında” olduklarını söylemek bile mümkün değildir.

Mücbir sebep, idarenin hem kusurlu, hem de kusursuz sorumluluğunu yok eder. Bununla birlikte, ortada mücbir sebep niteliğinde bir olay mevcut olsa da, idare kendi davranışlarıyla bu olayın doğurduğu zararın artmasına yol açmışsa, idarenin bu fazladan zarar bakımından sorumluluğu bâkidir³³¹. Bu bakımdan idarî yargı yerleri, özellikle sosyal risk faktörleri bakımından, herhangi bir olayı “mücbir sebep” olarak niteleseler bile idarenin olay esnasında ve sonrasındaki davranışlarının oluşan zarara etkisini iyi incelemelidir. Örneğin başlangıçta mücbir sebep niteliklerini gösteren bir kitle hareketi, kolluk güçlerinin orantısız müdahalesi sonucunda alevlenmiş ve olaya hiç müdahale edilmemesi ihtimalinden çok daha fazla zarar ortaya çıkmışsa, bu zararlar bakımından idarenin mutlaka sorumlu tutulması icap eder.

Gün geçtikçe ilerleyen bilim ve teknoloji, geçmişte öngörülemez ve karşı konulamaz zannedilen birçok olayın önceden tahmin edilmesini ve doğuracağı muhtemel zararların engellenmesini mümkün kılmaktadır. Özel hukuk kişilerinin bile “gelişim kusuru”nu gündeme getiren³³² bu hızlı dönüşüm, öngörülemezlik ve karşı konulamazlık unsurlarını oldukça daraltmıştır³³³. Vaziyet “her zaman bir adım önde” olmak zorundaki idare açısından düşünüldüğünde, idarenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıran mücbir sebep uygulamasının artık belli belirsiz bir istisnaya dönüşmesi gerektiği anlaşılr³³⁴. O hâlde idarî yargı yerleri, ilk bakışta mücbir

³³¹ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Ankara 2005, s. 361.

³³² Gelişim kusuru, bilim ve tekniğin sağladığı önlemlerin alınmamasından doğan sorumluluğu ifade eden bir kavramdır. Ayrıntılı okuma için bkz. İYİMAYA, Ahmet; “Sorumluluk Hukuku Yönünden Gelişim Kusuru”, **Ankara Barosu Dergisi**, yıl: 1985, sayı: 5-6, s. 686-693.

³³³ YAYLA, Mücbir Sebep, s. 58.

³³⁴ Güvenlik gerekçesiyle zorunlu olarak stratejik önemi olan bir bölgede inşa edilen sınır karakoluna düşen çığın altında kalarak ölen erin yakınlarının açtığı davada AYİM, ortada öngörülemezlik ve önlenememe özelliği dolayısıyla mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı (çığ düşmesi) mevcut olmakla beraber, idarenin yükselen standardı da göz önüne alınarak, davacıların uğradıkları zararın kusursuz sorumluluk esasına göre idarece karşılanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

sebepe gibi görünen birçok olayda –bilhassa toplumsal olaylar ve doğal âfetlerde- çağdaş standartları ve teknolojik seviyeyi referans kabul ederek öncelikle hizmet kusuru değerlendirmesi yapılmalı³³⁵ ve hemen idarenin sorumsuzluğuna yönelmek gibi bir kolaycılığa düşmemelidir.

B. BEKLENMEYEN HÂL

Muhtelif eserlerde *kaza*³³⁶ veya *umulmayan hâl*³³⁷ isimleriyle de anılan beklenmeyen hâl, idarî faaliyetin içerisinde gerçekleşen, ancak öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan meçhul durumları ifade eder. Özel hukukta beklenmeyen hâller, mücbir sebep kavramıyla iç içe ele alınmakta ve ikisi arasında özellikleri ve neticeleri bakımından herhangi bir ayrıma gidilmemektedir³³⁸. İdare hukukunda ise beklenmeyen hâl, mücbir sebepten hem nitelik hem de hukukî sonuç itibarıyla farklılık arz eder³³⁹.

Beklenmeyen hâl, *öngörülemezlik* ve *karşı konulamazlık* özellikleri bakımından mücbir sebepten farklı değildir. Şayet bir olayın gerçekleşeceği idare tarafından önceden tahmin edilebiliyorsa, artık beklenmeyen hâlden söz edilemez³⁴⁰. Örneğin idareye ait bir cihazın periyodik bakımı yapılmamışsa, bu cihazda ortaya çıkan bir arıza, öngörülemezlik koşulunu sağlamadığı için beklenmeyen hâl olarak nitelendirilemez. Ancak aynı cihazda, gerekli bakım ve kontrollerden hemen sonra baş gösteren ve sebebi tespit edilemeyen bir problem, gerçekten “öngörülemez” kabul edilebilir.

Bir olayın beklenmeyen hâl kapsamında görülmesi ve idarenin sorumluluğunu etkilemesi için öngörülemez olması yeterli değildir. Aynı zamanda olayın gerçekleşmesine veya zararlı sonuçlarının doğmasına – gerekli bütün önlemler alınmasına rağmen- karşı konulamaması gerekir. Bu

AYİM2.D., 14.04.1993, K. 93/6147, AYİMD, sy. 8. Danıştay da gerekli tedbirlerin alınmamış olması halinde, ortaya çıkan zarara depremin neden olmasının idarenin hizmet kusurunu kaldırmayacağı görüşündedir. D.10.D., 17.06.1998, E. 96/4488, K. 98/2665, DD, sayı: 98, s. 563.

³³⁵ AKYILMAZ, s. 206-207.

³³⁶ DÜREN, s. 332.

³³⁷ GÖZÜBÜYÜK (Pulat Abdullah), s. 18.

³³⁸ GÖZÜBÜYÜK (Pulat Abdullah), s. 18-19.

³³⁹ ATAY / ODABAŞI, s. 211.

³⁴⁰ GÖZLER, cilt: II, s. 1229.

sebeple gerekli tedbirlerin alınmamasından veya idare ajanlarının kusurlu davranışlarından dolayı meydana gelen olaylar, “beklenmeyen hâl” başlığı altında değerlendirilemez³⁴¹.

İdare hukukunda mücbir sebep ile beklenmeyen hâl arasındaki temel fark, mücbir sebebin dışsal, beklenmeyen hâlin ise *içsel* olmasıdır³⁴². İçsellik, beklenmeyen hâl kapsamındaki olayın idarenin faaliyetleri dâhilinde ortaya çıkması anlamına gelir³⁴³. Mücbir sebepler, idarenin tamamen dışından kaynaklandığı için idareyle zarar arasındaki illiyet bağıını keserek hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğu ortadan kaldırır. Buna mukabil, idarî faaliyetin içinden doğan beklenmeyen hâl, illiyet bağıını kesmediğinden yalnızca idarenin kusurunu yok eder³⁴⁴. Zararla idare arasındaki illiyet bağı hâlâ devam ettiği için beklenmeyen hâl değerlendirmesi yapılsa bile kusursuz sorumluluğa hükmedilebilir³⁴⁵. Örneğin idareye ait bir madende, gerekli bütün önlemler alınmasına rağmen gerçekleşen sebebi meçhul bir grizu patlaması, idarî faaliyetin içinde ve idareyle bağlantılı bir şekilde meydana geldiği için “mücbir sebep” (*force majeure*) değil, “beklenmeyen hâl” (*cas fortuit*) olarak nitelendirilecek ve bu patlamadan doğan zararların risk ilkesi uyarınca idareye yükletilmesi mümkün olacaktır³⁴⁶.

Danıştay, bu istikamette iskeleye bağlı duran hücumbotların bilinmeyen bir nedenle patlaması sonucu meydana gelen hava basıncı yüzünden dükkânının vitrin camı kırılarak zarar gören kişinin³⁴⁷, lokomotiften dökülen ateşin rüzgârla yayılması sonucu demiryolu kenarındaki harmanı

³⁴¹ “... Bünyesinde kendiliğinden bir tehlike taşıyan yüksek gerilim hattının korunması ve bakımının daha öncelikli ve dikkatle sağlanmasının gerektiği, mevsim koşulları ve bölgenin özellikleri gereği atmosfer olaylarına bağlı mekanik bir zorlama sonucu koptuğu belirtilen enerji hattında gerekli koruma ve bakımın sağlanmadığının bilirkşi raporu ile sabit olduğu, (...) olayın, (...) ‘beklenmeyen hâl’ olarak değerlendirilemeyeceği...” D.10.D., 09.11.1999, E. 97/4572, K. 99/5476, aktaran: BAL / ŞAHİN / KARARBULUT, s. 158.

³⁴² YAYLA, Mücbir Sebep, s. 57.

³⁴³ GÖZLER, cilt: II, s. 1229.

³⁴⁴ Danıştay, bir kararında helikopterin havada patlaması nedeniyle uğranılan zararın “olayda idareye atfı kabil bir hizmet kusuru bulunmasa dahi objektif sorumluluk esasına göre zararın ilgili idarelerce tazmini gerek(eceğine)” hükmetmektedir. (D.12.D., 19.01.1970., E. 68/2879, K. 70/68, aktaran: ESİN, *Esas*, s. 136-137).

³⁴⁵ DÜREN, s. 332.

³⁴⁶ HAURIOU, Maurice; *La Jurisprudence Administrative (de 1892 á 1929)*, Tome: I, Paris 1931, s. 512.

³⁴⁷ D.12.D., 24.02.1971, E. 68/868, K. 71/427, aktaran: ESİN, *Esas*, s. 137.

yanan kişinin³⁴⁸, orman içinden geçen elektrik nakil hattındaki saksiyoner direğinden çıkan kıvılcımların neden olduğu orman yangını sonucu zarara uğrayan kişinin³⁴⁹ ve belediyeye ait elektrik telinin kısa devre nedeniyle eriyip koparak hayvanını telef ettiği kişinin uğradığı zararın³⁵⁰ kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idarece ödenmesine karar vermiştir.

AYİM de Danıştay'a benzer bir şekilde, eğitim uçuşu esnasında teknik nedenlere dayalı olarak uçağın düşmesi sonucu şehit düşen öğretmen pilot subayın yakınlarının bu nedenle uğradıkları zararın³⁵¹, arızalı gemi topunun onarımı esnasında, gerekli önlemleri almasına karşın top mermisinin aniden irtifa alması sonucu bir ayağı diz üstünden kesilen davacı astsubayın uğradığı zararın³⁵², Kara Harp Akademisi öğrencisi iken iç güvenlik hareketi ile ilgili fiili bir çalışmaya katılmak üzere görevli olarak giderken, içinde bulunduğu helikopterin düşmesi ile şehit düşen subayın eşi ve çocuğu olan davacıların bu nedenle uğradıkları zararın³⁵³, kazan dairesinde kaynak yaparken kaçak yapan elektrige kapılarak vefat eden erin yakınları olan davacıların uğradıkları zararın³⁵⁴ ve görev uçuşu sırasında meydana gelen arıza nedeniyle düşen uçağın pilotu olan subayın vefatı nedeniyle yakınlarının uğradığı zararın³⁵⁵ kusursuz sorumluluk esasına göre idarece tazmini gerektiğine hükmetmiştir.

Sosyal risk ilkesi bağlamında tartışma konusu olan terör, kitle hareketleri ve tabii âfetler, illiyet bağı kavramı yukarıda açıklandığı şekilde geniş yorumlanmaz ise zaten idarî faaliyetin “dışında” kalacaklardır. Bu durumda söz konusu olayların beklenmeyen hâl değil, olsa olsa mücbir sebep teşkil edip etmeyeceği tartışılabilir. Ancak eğer bu olaylarla bağlantılı zararlar, illiyet bağının geniş yorumlanmasıyla birlikte kusurlu sorumluluk çerçevesinde ele alınacak olursa, “öngörülemezlik” ve “karşı konulamazlık”

³⁴⁸ D.12.D., 30.11.1971, E. 69/3328, K. 71/2770, aktaran: ESİN, *Esas*, s. 138.

³⁴⁹ D.10.D., 12.02.1990, E. 87/2096, K. 90/230, DD, sayı: 80, s. 421 vd.

³⁵⁰ D.12.D., 28.04.1977, E. 75/110, K. 77/1201, DD, sayı: 28-29, s. 677 vd.

³⁵¹ AYİM2.D., 17.03.1999, E. 97/930, K. 99/191, AYİMD, sayı:14, s. 950.

³⁵² AYİM2.D., 25.05.2001, E. 00/273, K. 01/359, AYİMD, sayı:16, s. 632 vd.

³⁵³ AYİM2.D., 16.05.2001, E. 00/271, K. 01/412, AYİMD, sayı: 16, s. 675 vd.

³⁵⁴ AYİM2.D., 18.06.2001, E. 00/677, K. 01/526, AYİMD, sayı:16, s. 618 vd.

³⁵⁵ AYİM2.D., 26.04.2000, E. 99/656, K. 00/399, AYİMD, sayı:15, s. 992 vd.

konusunda yukarıda yapılan değerlendirmeleri yinelemek ve “çağdaş standartlara”, “gelişim kusuru”na ve “bir adım önde olmak zorundaki idare”ye işaret etmek yeterli olacaktır.

C. ZARARA UĞRAYANIN DAVRANIŞI³⁵⁶

Zarara uğrayanın bazı davranışları, zararlarla fâil arasındaki uygun illiyet bağına tamamen kesecek veya “ortak illiyet” teşkil edecek nitelikte olabilir³⁵⁷. Bu durumda illiyet bağına kesilmesi ve ortak illiyet oluşması ihtimallerine bağlı olarak idarenin sorumluluğu tamamen veya kısmen ortadan kalkar³⁵⁸.

Kolluk kuvvetleri kanunsuz bir gösteriyi dağıtmak için tazyikli su sıkırmaktayken, oradan geçen sarhoş bir vatandaşın kendisini sıkılan suyun önüne attığı, basıncın etkisiyle hızla yere düştüğü ve beyin sarsıntısı geçirerek aylarca hastanede kaldığı farz edilsin. Bu örnekte zararlı neticenin şartları arasında idarî eylem kadar, zarar görenin sarhoşluğunun ve kendisini aniden suyun önüne atmasının da elverişli ve etkili olduğu görülmektedir. İşte bu ve benzeri durumlarda, idareyle zarar görenin davranışları birlikte değerlendirilerek idarenin sorumluluğu, zarar görenin neticeye etkisi nispetinde azaltılacaktır³⁵⁹.

³⁵⁶ Doktrinde bu durum için genellikle kullanılan tabir “zarar görenin kusuru”dur. Ancak GÖZLER, idarenin sorumluluğunun kalkması veya azalması için zarar görenin davranışının illâ kusurlu olması gerekmediğinden, bu durumu “zarar görenin davranışı” şeklinde isimlendirmeyi tercih etmektedir. (Bkz. GÖZLER, cilt: II, s. 1231, dn.1404.) Biz de aynı tespitiştirak ederek “kusur” yerine “davranış” kelimesini kullanıyoruz.

³⁵⁷ EREN, s. 187.

³⁵⁸ ATAY / ODABAŞI, s. 212.

³⁵⁹ “davacının onarım için görevlendirildiği çatı arasından çatıya çıkıp buradan da bir ağaca tutunup aşağıya inmek isterken yere düşüp sakatlanmasında, hizmetle olan illiyet bağı kesilmemekle beraber; ağır bir müterafik kusurunun bulunduğu kuşkusuzdur. Devlet adına kamu hizmetini yürüten, davalı idarenin halin icaplarına ve ihtiyaca göre, hizmetinin zarara uğramamasını sağlamak için gerekli önlemleri alması zorunludur. Bu borcun gereği gibi yerine getirilmemesi hizmetin kusurlu işlediğinin bir delilidir. Olayımızda 30 eri çalıştırmak üzere çatıya çıkaran Hastane Başhekimliği erlerin başına nezaretçi olarak bir de Atğm. görevlendirmiş ise de; idarenin ajanı konumundaki Atğm. nin nezaret görevini yeterince yerine getirmemesi sonucu olayın meydana geldiği, dolayısıyla davacının mensubu bulunduğu birlikteki erlerin disiplinsiz olduğu, verilen görevin yerine getirilmesi sırasında yeterince denetim yapılmadığı davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu bu nedenlerle davacının uğradığı zararın davalı idarece karşılanmasının gerektiği sonucuna varılmıştır. Ancak verilen emirler gereği ikinci kat tabiyesinden çatıya çıkıp buradan kavak ağacı vasıtasıyla aşağıya inmeye çalışan davacının bu fiili Kurulumuzca ağır müterafik kusur olarak kabul edilmiş, maddi ve manevi tazminat

Zarara uğrayanın davranışı, hem kusurlu, hem de kusursuz sorumluluk bakımından idarenin tazmin yükümlülüğünü tamamen veya kısmen ortadan kaldırabilir³⁶⁰. Zira bu durum, doğrudan doğruya sorumluluğun illiyet bağı unsurunu etkileyerek³⁶¹ ya bu bağı hepten koparmakta yahut ortak illiyet oluşturmaktadır. Nitekim idarî yargı yerleri; kuralları çiğneme³⁶², yağmurlu havada elinde transistörlü radyoyla dolaşma³⁶³, ve uyarıcı düzenlemelere aykırı hareket etme³⁶⁴ gibi davranışların idarenin sorumluluğunu azalttığı³⁶⁵ veya yok ettiği³⁶⁶ yönünde kararlar vermektedir.

Terör ve kitle hareketleri gibi sosyal risk faktörleri neticesinde ortaya çıkan zararlar bakımından da zarara uğrayan kişinin davranışı, idarenin sorumluluğunu etkileyebilir. Örneğin kişi, kitle hareketi esnasında bir zarara uğramış, ancak çatışmayı tahrik etmek suretiyle bu zararın oluşmasına veya artmasına katkıda bulunmuşsa, bu zararın tamamından idare sorumlu tutulmaz. Nitekim buna benzer bir durum üzerine verdiği bir kararda Danıştay şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

“Dairemizin yerleşik içtihatları doğrultusunda, anayasal düzene, devlete ve toplumun bütününe yönelik bulunan terör eylemlerinin, ayrıca yığın hareketleri şeklinde oluşan toplumsal olaylardan zarar gören bireylerin uğradıkları özel ve olağanüstü zararların sosyal risk ilkesi gereği idarece tazmin gerektirdiği kabul edilmektedir. Ancak sosyal risk ilkesi doğrultusunda idarenin tazmin sorumluluğundan söz edilebilmesi için zarar gören bireyin olayın oluşumunda herhangi bir katkısının olmaması, bir toplumsal olayın tahrikçisi veya faili olmaması gerekir.”³⁶⁷

miktarlarının tayin ve takdirinde bu husus göz önünde bulundurulmuştur” AYİM2.D., 10.11.1998, E. 92/277, K. 93/672, AYİMKD, sayı: 9, s. 613-615.

³⁶⁰ ODENT, Raymond; **Contentieux Administratif**, Fascicule: III, Paris 1971, s. 1171.

³⁶¹ GÜNDA, **İdare**, s. 385.

³⁶² D.10.D., 15.03.2006, E. 2003/646, K. 2006/1932 (aktaran: ATAY, **İdare**, s. 760).

³⁶³ AYİM 3. D. 03.02.1976, E. 74/105, K. 76/142 (aktaran: ÖZGÜLDÜR, Serdar; **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Ankara 1996, s. 319).

³⁶⁴ CE., 07.03.1980, SARL 57, Rec. p. 129’dan aktaran: LOMBARD, s. 470.

³⁶⁵ D.12.D., 26.02.1974, E. 71/402, K. 74/511, DD, sayı: 16–17, s. 442.

³⁶⁶ Eğer, zarara uğrayanın davranışı, zarar ile idari faaliyet arasındaki münasebeti kesecek mahiyette ise, başka bir ifadeyle söz konusu bu zararın, zarar görenin kendi eyleminden doğması veya zararın oluşumuna zarar gören kişinin tutum ve davranışının yol açması hâlinde, zararlı idari faaliyet arasında illiyet bağı söz konusu olmayacağı için devletin sorumluluğu ortadan kalkacak; malvarlığında meydana gelen eksilmenin idarece karşılanması mümkün olamayacaktır. (D.10.D., 31.10.1983, E. 82/2725, K. 83/2125, DD, sayı: 54–55, s. 391. Benzer kararlar için bkz. ESİN, **Esas**, s. 220–233.)

³⁶⁷ D.10.D., 26.12.2005, E. 2004/10461, K. 2005/8092 (aktaran ATAY, **İdare**, s. 760-761).

Benzer şekilde eğer davacı, terör olayından zarar görmemesi için kendisinin kolaylıkla alabileceği önlemleri almamışsa, bu ihmâlî davranış da idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracıdır:

“(...) müessir terör olayının meydana gelmesini önlemek adına alması gerekli tedbir ve önlemleri tam ve noksansız olarak yerine getirmediği, olayda kusurlu olduğu belirlenmiş... (olup) ...hiçbir önlem almadığı sabit olan davacı şirketin kusuru, olay ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağıını kesecek ölçüdedir.”³⁶⁸

D. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN DAVRANIŞI

Zararla idare arasındaki illiyet bağı, yalnızca zarar görenin davranışlarından etkilenmez. İdare ve zarar gören dışındaki üçüncü kişilerin davranışları³⁶⁹ da zararın doğmasına katkı sağlayarak sorumluluğun illiyet bağı unsuruna tesir edebilir. Bu noktada “üçüncü kişi” tabiri, idareyle sözleşme yahut statü ilişkisi de dâhil hiçbir hukukî bağlantısı bulunmayan kişileri ifade eder³⁷⁰. Zira idareyle sözleşme ilişkisi içerisinde bulunan ve onun gözetim ve denetimi altında faaliyet gösteren imtiyazcı veya müteahhit gibi kişilerin verdikleri zararların kamu tüzel kişiliklerine bağlanması mümkündür³⁷¹.

Üçüncü kişinin davranışının idarenin sorumluluğu bakımından doğurduğu sonuçlar, bu davranışın illiyet bağı üzerinde gerçekleştirdiği etkiye göre farklılaşır. Eğer üçüncü kişinin davranışı, zararın idareye atfedilebilirliğini tamamen ortadan kaldırıyorsa, bu durumda idarenin sorumluluğundan bahsetmek artık mümkün olmaz. Örneğin bir kişinin, öldürmek amacıyla başka birini hareket hâlindeki trenin önüne itmesi hâlinde, ölüm sonucuna her ne kadar idarenin faaliyeti sebep olsa da, üçüncü kişinin itme fiili uygun illiyet bağıını kesecek ve trenin hareketini (idarî faaliyeti) ikinci dereceden (dolaylı) bir sebep hâline getirecektir³⁷².

³⁶⁸ D.10.D., 08.02.2012, E. 2008/5366, K. 2012/423, DD, yıl: 2012, sayı: 131, s. 187.

³⁶⁹ İdarenin sorumluluğunu etkileyen bu duruma, Fransız ve Türk öğretisinde “üçüncü kişinin kusuru” da denmektedir. Ancak üçüncü kişilerin fiilleri, kusurlu olmasa da idarenin sorumluluğuna etki edebileceği için bu durumu “üçüncü kişinin davranışı” olarak isimlendirmek daha isabetlidir. (Aynı yönde görüş için bkz. GÖZLER, **İdare**, cilt: II, s. 1239, dn. 1432).

³⁷⁰ YILDIRIM, Turan; **İdari Yargı**, İstanbul 2010, s. 345.

³⁷¹ YUMUK, s. 177-178.

³⁷² GÖZLER, **İdare**, cilt: II, s. 1239.

Bazı hâllerde, üçüncü kişinin davranışı, idarenin fiili neticesinde zaten ortaya çıkacak olan zarara katkıda bulunabilir. Bu durumda kronolojik olarak araya üçüncü bir kişinin davranışı girmiş olsa bile, zararlar idare arasındaki illiyet bağının tamamen kesildiğini söylemek mümkün değildir. Örneğin idare, karayolunda devamlı çizgiyle boyanması gereken bir kısmı kesikli çizgiyle boyamış, bu çizgilere güvenerek önündeki aracı sollamak için çıkan araçla, diğer şeritten aşırı hızla gelen araç çarpışmıştır. Bu olayda karşıdan gelen aracın hız sınırını aşması zararın doğmasında etkili olmuştur. Ancak yol çizgilerinin yanlış çizilmesi de kazanın gerçekleşmesinde bir o kadar etkilidir. Bu yüzden bu ve benzeri durumlarda idarenin sorumluluğu tamamen ortadan kalkmayacak, yalnızca azalacaktır.

İdare ve üçüncü kişinin sorumluluğu paylaştığı durumlar, zarar gören açısından dezavantajlı sonuçlar doğurabilir. İdare hukukunda müteselsil sorumluluk kabul edilmediği için, zarar gören kişi idareyi yalnızca kusuru nispetinde dava edebilir³⁷³. Geri kalan zarar bakımından farklı bir yargı kolunda dava açılması ise tazminat miktarında uyumsuzluklara / eksikliklere yol açabilmektedir. Bu dezavantajın giderilmesi için doktrinde, müteselsil sorumluluğun idare hukukunda da kabul görmesi gerektiği belirtilmektedir³⁷⁴.

Üçüncü kişinin davranışı, yalnızca idarenin kusurlu sorumluluğunu etkileyen bir durumdur. İdarenin kusursuz sorumluluğunu gerektiren veya idare açısından bir kusur karinesinin benimsendiği hâllerde³⁷⁵ üçüncü kişilerin davranışı, idarenin sorumluluğunu ne azaltır ne de kaldırır. Yani kusursuz sorumluluğun veya kusur karinesinin söz konusu olduğu durumlarda zarara uğrayan kişiler, zararın tamamı için idareyi dava edebilirler³⁷⁶. Bununla birlikte idarenin, tamamını karşıladıktan sonra, zararın ortaya çıkmasına

³⁷³ ODENT, Fascicule: III, s. 1175.

³⁷⁴ TAN, Turgut; **İdare Hukuku**, Ankara 2011, s. 482.

³⁷⁵ ODENT, Fascicule: III, s. 1175-1176.

³⁷⁶ Danıştay, bazı kararlarında ortada risk sorumluluğu (kusursuz sorumluluk) bulunmaktayken, zarara üçüncü kişinin davranışının sebep olmasını gerekçe göstererek hatalı bir şekilde idarenin sorumsuzluğuna hükmetmektedir (D.12.D., 04.05.1966, E. 65/702, K. 66/1697; D.10.D., 22.04.1992, E. 90/3968, K. 92/1573; aktaran: GÖZLER, **İdare**, cilt: II, s. 1243). AYİM de başlangıçta benzer kararlar vermiş, fakat daha sonra bu hatalı içtihadını terk etmiştir (ilgili kararlar için bkz. ÖZGÜLDÜR, s. 322).

katkıda bulunan üçüncü kişilere karşı adlî yargıda rücu davası açması mümkündür³⁷⁷.

Üçüncü kişinin davranışı, idarenin sosyal risk ilkesi gereğince sorumluluğunu etkilememelidir. Zira sosyal risk durumunda zarara sebep olan icraî davranışlar, idareye tamamen yabancı kişilere aittir. Bununla birlikte idare, ortaya çıkan zararlardan –ya Danıştay’ın yaptığı gibi kusursuz yahut bu çalışmada önerildiği gibi kusur karinesi benimsenerek- sorumlu tutulmaktadır. Bizatihi üçüncü kişilerin fiillerinden doğan zararları idarenin sorumluluk alanına bir şekilde dâhil etmeye çalışan sosyal risk ilkesinin uygulama alanında, aynı fiillerin sorumluluğu kaldırıcı bir etkide bulunmasının mantıklı bir izahı yoktur. Sonuç olarak, ister yasal düzenlemelere dayanak teşkil eden bir ilke, ister illiyet bağının aranmadığı bir kusursuz sorumluluk ilkesi, isterse kusur sorumluluğunun özel bir türü olarak kabul edilsin, sosyal risk ilkesine başvurulması gereken durumlarda üçüncü kişinin davranışının idarenin sorumluluğuna etki etmemesi gerekir. Bununla birlikte, yukarıda da belirtildiği üzere, idarenin zararı gerçekleştiren veya zarara katkısı bulunan üçüncü kişilere karşı adlî yargıda rücu davası açma imkânı bâkidir.

Bir hırsızlık olayında kullanılan çalıntı otomobilin içinde bulunanlar ile güvenlik güçleri arasındaki silahlı çatışmada, aracı zarar gören kişinin açtığı ve ilk derece mahkemesinin kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idareyi tazminata mahkûm ettiği bir davada, idare mahkemesi kararını bozan Danıştay’a göre,

“(…) olayda davalı idarenin kusurlu bir eylemi bulunmadığı gibi, üçüncü şahsın, davacının otomobilini çalmak biçimindeki suç teşkil eden eylemi, zarar ile idarenin eylemi arasındaki neden–sonuç ilişkisini ortadan kaldırmakta; dolayısıyla zarar, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucunu oluşturmamaktadır. Bu itibarla olayda, idarenin gerek hizmet kusuru ilkesine, gerekse kusursuz sorumluluk ilkesine dayalı olarak sorumluluğundan söz edilemeyeceği gibi; olayın önceden haberdar olunmasına olanak bulunmayan münferit bir olay olması nedeniyle, sosyal risk kuralından hareketle idarenin tazmin sorumluluğunu kabule olanak bulunmamaktadır.”³⁷⁸

Danıştay’ın bu kararında sosyal risk ilkesine yönelmemesi, münferit ve arızî bir zarar söz konusu olduğundan anlaşılabilir. Ancak Yüksek

³⁷⁷ CE., 19 Novembre 1958, *Electricité de France*, aktaran: ODENT, Fascicule: III, s. 1176.

³⁷⁸ D.10.D., 13.11.1995, E. 94/4934, K. 95/5487, DD, sayı: 91, s. 1173–1176.

Mahkemenin olayda idarenin eylemi ile zarar arasında illiyet bağı kuramaması şaşırtıcıdır. Zira araçtaki zarar, çıkan silahlı çatışmadan kaynaklanmaktadır. Silahlı çatışma da idarenin kamu görevlilerinin taraf olduğu bir asayiş olayında yaşanmıştır. Başka bir ifade ile kamu görevlisi görevini ifa ederken silahını ateşlemiş, davacının aracı da bu sebeple zarara uğramıştır. Kamu görevlilerinin silah kullanma yetkileri kanunla sınırlandırılmıştır. Kararda bu yetkinin kullanımında idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığına dair herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Ancak silah kullanımı hukuka uygun gerçekleşmiş olsa bile mevcut zararın idarenin yaptığı faaliyetten kaynaklandığında şüphe yoktur. Üçüncü kişilerin davranışları, bu ve benzeri olaylarda idarenin sorumluluğunu tamamen kaldırarak bir sebep olarak görülmemelidir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

UYGULAMADA SOSYAL RİSK İLKESİ

I. TABİİ ÂFETLER

Tabiî âfetler; doğal sebeplerin tetiklediği, çoğunlukla anî ve önlenmesi güç, toplumun normal işleyişini olumsuz yönde etkileyen ve önemli ölçüde beşerî, maddî ve çevresel kayıplara yol açan fevkalâde olaylardır³⁷⁹. Yapılan tariften de anlaşılacağı üzere tabiî âfetler, her ne kadar doğa kökenli olsalar da ortaya çıktıkları koşullar ve doğurdukları sonuçlar itibariyle son derece “toplumsal” bir nitelik arz etmektedir. Başka bir deyişle, herhangi bir tabiat olayının “âfet” olarak nitelendirilebilmesi, o olayın insan yerleşimlerinde meydana gelmesine ve sosyal yapıyı bir şekilde etkilemesine bağlıdır³⁸⁰.

Türkiye, sahip olduğu jeolojik ve coğrafi konum sebebiyle sel, çığ, heyelân ve deprem gibi birçok doğa olayının sıkça yaşandığı, tabiî âfet potansiyeli oldukça yüksek bir ülkedir³⁸¹. Öyle ki, ülkemizde sırf bu sebeple son 75 senede 100.000’in üzerinde insan hayatını kaybetmiş, 1,5 milyona yakın konut ise hasar görmüştür³⁸². Risk düzeyi benzer ülkelerle mukayese edildiğinde karşı karşıya kalınan bu olağanüstü bilânço, “doğanın cilvesi” yahut “takdir-i ilâhî” denip göz ardı edilmesi mümkün olmayan “toplumsal” bir probleme işaret etmektedir. Bu sebeple tabiî âfetlerin toplumsal ve hukukî yönüne eğilmek, bu âfetler neticesi ortaya çıkan zararın cezaî³⁸³ veya malî³⁸⁴ bir sorumluluk doğurup doğurmadığını incelemek gerekir.

³⁷⁹ GENÇ, Fatma Neval; “Doğal Afet Riskleri Açısından Türkiye’de Kentleşme”, **Türk İdare Dergisi**, yıl: 80, sayı: 459, (Haziran 2008), s. 82; YAVAŞ, Hikmet; “Doğal Afetler ve Kriz Yönetimi”, **Yerel Yönetim ve Denetim**, cilt: 6, sayı: 2, (Şubat 2001), s. 51.

³⁸⁰ ÖZERDEM, Alpaslan / BARAKAT Sultan; “After The Marmara Earthquake: Lessons for Avoiding Short Cuts to Disasters”, **Third World Quarterly**, vol.: 21, no: 3, s. 428.

³⁸¹ ÇAKMAK, Necip; “Afet Yönetimiyle İlgili Bilgi Notu”, **Yerel Yönetim ve Denetim**, cilt: 6, sayı: 6 (Haziran 2001), s. 21. ÇOKER, Ziya; “Doğal Afet Yönetimi”, **Türk İdare Dergisi**, yıl: 73, sayı: 433 (Aralık 2001), s. 1.

³⁸² GENÇ, s. 95.

³⁸³ Konuyu cezaî sorumluluk açısından inceleyen bir çalışma için bkz. SINAR, Hasan; “Türk Hukukunda Doğal Afetlerden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Üzerine Notlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt: I, 2010/1, (Köksal Bayraktar’a Armağan), s. 873-885.

Tabiî âfetler, diğer hukuk dallarında olduğu gibi idare hukukunda da uzun yıllar boyunca “mücbir sebep” kabul edilerek sorumluluğu kaldıran nedenler arasında görülmüştür³⁸⁵. Ancak özellikle 1999 yılında vuku bulan Marmara Depremi’nde diğer ülkelerdeki benzerlerinden kat kat fazla can ve mal kaybı yaşanması, tabiî âfetler konusunda idarenin sorumluluğu meselesinin tekrar sorgulanmasına sebep olmuştur³⁸⁶.

İdarenin dışından kaynaklanmaları, (şu veya bu şekilde) engellenememeleri ve kaçınılmaz toplumsal etkiler doğurmaları sebebiyle sosyal risk ilkesinin ilgi alanına giren tabiî âfetler, mücbir sebep konusuyla da yakından alâkalıdır. Çalışmanın bu kısmında tabiî âfetlerden dolayı idarenin sorumluluğu meselesi, Fransız ve Türk hukukundaki uygulamalara değinilmek suretiyle ele alınacaktır.

A. FRANSIZ HUKUKUNDA DURUM

Fransız hukukunda tabiî âfetler, yukarıda da değinildiği üzere hem sosyal risk (*risque social*), hem de mücbir sebep (*force majeure*) kavramlarıyla ilişkilidir.

Sosyal risk ilkesinin (*socialisation des risques*) yargısal içtihatlarla dayanak teşkil etmekten çok yasaların çıkarılmasına kaynaklık eden bir prensip olarak görüldüğü Fransa’da tabiî âfetlerden doğan zararlar konusu, 13 Temmuz 1982 tarihli Kanunla düzenlenmiştir. Fransız Anayasası’ndaki millî dayanışma ilkesine dayanan düzenleme, tabiî âfetlerden doğan zararların devlet tarafından tazmin edilmesini öngörmektedir³⁸⁷. Kanuna göre devletin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın esas itibariyle doğal bir

³⁸⁴ Depremden doğan zararların tazmini meselesini özel hukuk açısından inceleyen bir çalışma için bkz. BAŞPINAR, Veysel / ALTUNKAYA, Mehmet; “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, **AÜHFD**, cilt: 57, yıl: 2008, sayı: 1, s. 95-131.

³⁸⁵ AKYILMAZ, s. 196.

³⁸⁶ KUTLU, Meltem; “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”, **Amme İdaresi Dergisi**, cilt: 32, sayı: 4, s. 15.

³⁸⁷ POCHARD, Marcel; “L’indemnisation des Victimes sur le Fondement du Principe de la Solidarité Nationale”, **La Indemnización a las Víctimas**, (Kolombiya İdarî Yargı Reformu için Kolombiya Teknik İşbirliği Misyonu’nun Conseil d’Etat üyeleriyle gerçekleştirdiği seminerlerin toplandığı kitap), s. 348, <http://190.24.134.67/pce/memorias/indemnizacion%20victimas.pdf>, (Erişim: 13.07.2013).

etkenden kaynaklanması ve anormal derecede ağır olması gerekir. Ayrıca tazminat talebi, zarara uğrayan kişinin daha önceden maddî zararlarının garanti edildiğine dair bir sigorta sözleşmesine dâhil olması şartına bağlıdır³⁸⁸. Kanun uyarınca tabîî âfet riskinin sosyalleştirilerek kamusal bir garanti sistemi içerisine dâhil edilmesi, Fransa’da söz konusu tazmin yükümlülüğünün ne “sorumluluk” ne de “sigorta” olarak nitelendirilebilecek yeni bir “ara-yol” açtığı şeklinde yorumlanmıştır³⁸⁹.

Görüldüğü üzere Fransız hukukunda tabîî âfetlerden doğan zararların büyük çoğunluğu, bu zararlarla idare arasında hiçbir illiyet bağı bulunmasa ve idareye herhangi bir kusur isnat edilemese de sosyal risk kapsamında görülerek devlet tarafından karşılanmaktadır. Ancak dikkat edilirse Fransa’da tabîî âfet riskinin sosyalizasyonu, yargısal içtihatlarla değil, özel bir yasal düzenlemeye dayanmaktadır. Devletin bu konudaki tazmin yükümlülüğü, fiil ve illiyet bağı unsurları bulunmadığı için “sorumluluk” kavramıyla, “millî dayanışma” ve “sosyal devlet” gibi prensiplere referans verdiği ve içerisinde bir çeşit isnadiyet barındırdığı için “sigorta” kavramıyla tam olarak örtüşmemektedir.

Mücbir sebep, tabîî âfetleri idarenin sorumluluğu meselesine bağlayan diğer bir konudur. İdarenin hem kusurlu, hem de kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden olan mücbir sebep; dışsal, öngörülemez ve karşı konulamaz olayları ifade eder³⁹⁰. Fransız idare hukukunda bir olayın mücbir sebep kabul edilebilmesi için dışsallık (*extériorité*), öngörülemezlik (*imprévisibilité*) ve karşı konulamazlık (*irrésistibilité*) özelliklerini aynı anda göstermesi gerekir. Bu bakımdan Conseil d’Etat içtihatlarında tabîî âfetlerin kategorik olarak mücbir sebep kabul edilmesi gibi bir durum söz konusu değildir.

³⁸⁸ “Indemnisation Catastrophes Naturelles”, (Fransa Çevre, Sürdürülebilir Kalkınma ve Enerji Bakanlığı Resmî İnternet Sitesi – Bilgi Notu), <http://www.developpement-durable.gouv.fr/Indemnisation-catastrophes.html>, (Erişim: 13 Temmuz 2013).

³⁸⁹ LOCHAK, s. 313. Konuyla ilgili daha geniş bilgi için ayrıca bkz. GUETTIER, Christophe; **Indemnisation des Victimes de Catastrophes Naturelles et Socialisation du Risque**, Rev. gén. du droit assurances, 1997.

³⁹⁰ VEDEL, Georges; **Droit Administratif**, Paris 1973, s. 386.

Conseil d'Etat, 20 Temmuz 1971 tarihli bir kararında mücbir sebebin dışsallık özelliğine vurgu yapmıştır. Şiddetli yağmurlar sonrasında yıkılan bir barajın sebep olduğu zararlara ilişkin davada yüksek mahkeme, yıkılma olayının toprak altındaki bir dış sebepten değil, barajda toplanan suyun temeller üzerine yaptığı baskıdan (yani temellerin dayanıksızlığı gibi “içsel” bir sebepten) ileri geldiğini belirterek şiddetli yağışların mücbir sebep olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir³⁹¹.

Mücbir sebebin ikinci özelliği olan öngörülemezlik, birçok Conseil d'Etat kararında ele alınmaktadır. Örneğin şiddeti isterse kilise çanlarını devirecek ölçüde olsun, sürekli sert rüzgârların görüldüğü bir yerde fırtına bir mücbir sebep olarak kabul edilemez³⁹². Zira her ne kadar dışsal olsa da, fırtına bu gibi yerler için öngörülebilir bir hâdisedir.

Fransız idare hukuku doktrini ve uygulaması, tabiî âfetlerin mücbir sebep olarak nitelenebilmesi için son olarak karşı konulamazlık özelliği üzerinde durmaktadır. Bu özellik, olaya yahut olayın zararlı neticelerine engel olunabilmesi anlamına gelir³⁹³. Conseil d'Etat, fevkalâde yoğunluk ve şiddetteki olayları, örneğin önceden tahmin edilemeyen, aşırı hızlı ve yoğun bir yağışı (2-3 saatlik bir süre içinde yaklaşık 400 mm gibi) “karşı konulamaz” kabul etmektedir³⁹⁴.

Conseil d'Etat'nın mücbir sebep konusundaki içtihatları ışığında, her tabiî âfetin idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı rahatlıkla söylenebilir. Özetlemek gerekirse; tabiî âfetlerle bağlantılı bir şekilde ortaya çıkan zararlarda Fransız idarî yargı yerleri, öncelikle bu olayın dışsallığını, öngörülemezliğini ve karşı konulamazlığını sorgulamakta, bu özelliklerin hepsini aynı anda göstermeyen durumlar için idarenin kusurlu veya kusursuz sorumluluğuna yönelmektedir. Zaten yargı yerlerince mücbir sebep olarak nitelenen ve idarenin sorumluluğu dışında bırakılan durumlarda dahî

³⁹¹ CE., 20 Juillet 1971, aktaran: ARMAĞAN, s. 255.

³⁹² CE., 21 Octobre 1959, *Commune de Lude T.*, RDCE 1959, p. 1130'dan aktaran: ODENT, Fascicule: III, s. 1177.

³⁹³ VEDEL, s. 387.

³⁹⁴ CE., 13 Mai 1970, *Commune de Tournissan*, aktaran: ODENT, Fascicule: III, s. 1177.

mağdurlar, tabiî âfet riskinin sosyalleştirilmesine yönelik özel düzenlemelerin kapsamına girdikleri ölçüde tazminat alma imkânına sahip olabileceklerdir.

B. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Türkiye’de tabiî âfetlerden doğan zararların giderilmesine ilişkin birçok yasal düzenleme mevcuttur. 7269 sayılı Umumî Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun, 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu, 2090 sayılı Tabiî Afetlerden Zarar Gören Çiftçilere Yapılacak Yardımlar Hakkında Kanun ve 4123 sayılı Tabiî Afet Nedeniyle Meydana Gelen Hasar ve Tahribata İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesine Dair Kanun, bu kapsamda ilk akla gelen düzenlemelerdir. Bu kanunların dışında daha özel nitelik taşıyan kanun, tüzük ve yönetmelikler de bulunmaktadır³⁹⁵.

Türk hukukunda tabiî âfetlere ilişkin düzenlemeler, her ne kadar mağdurlara belli şart ve ölçülerde devlet desteğini öngörmekteyse de hem desteğin kapsamı, hem de mahiyeti bakımından Fransız hukukundaki benzerlerinden ayrılmaktadır. Fransa’da tabiî âfetlerden doğan zararlar, “sigorta” veya “garanti” kelimeleriyle ifade edilebilecek derecede geniş bir kapsamda karşılanmaktadır. Türk hukukunda yukarıda ismi verilen düzenlemeler ise kapsam olarak daha dardır³⁹⁶. Ayrıca Fransız hukukundaki düzenlemeler, sosyal risk (risklerin sosyalleştirilmesi) ilkesine dayandığından dolayı, “tazmin yükümlülüğü” mahiyeti taşıırken, Türk hukukundaki düzenlemeler devletin bir yükümlülüğünden çok “destek / yardım” niteliği göstermekte ve sosyal risk ilkesiyle irtibatlandırılmamaktadır.

³⁹⁵ 3838 sayılı Erzincan, Gümüşhane ve Tunceli İllerinde Vuku Bulan Deprem Afeti İle Şırnak ve Çukurca’da Meydana Gelen Hasar ve Tahribata İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesi Hakkında Kanun, 7126 sayılı Sivil Müdafaa Kanunu, 1571 sayılı Bazı Tekel Maddeleri Fiyatlarına Yapılan Zamlardan Elde Edilen Hasılatın T.C. Merkez Bankası’nda Açılacak Bir Deprem Fonu Hesabında Toplanmasına Dair Kanun, Türkiye Kızılay Derneği Tüzüğü, Afetlere İlişkin Acil Yardım Teşkilatı ve Plânlama Esaslarına Dair Yönetmelik ve Tabiî Afetlerden Zarar Gören Çiftçilere Yapılacak Yardımlar Hakkında Yönetmelik bu nitelikteki diğer düzenlemelere örnek olarak verilebilir.

³⁹⁶ Örneğin 7269 sayılı Umumî Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun’un 29. maddesi, yıkılan, yanan veya ağır hasara uğrayan binalarda oturan ailelere konut yaptırılacağını veya kredi verileceğini düzenlemekte, ancak aynı maddenin diğer fıkralarında bu imkân oldukça sınırlamaktadır.

Tabiî âfetler konusu, Türk uygulamasında sosyal risk ilkesinden ziyade mücbir sebep konusuyla ilişkili bir biçimde ele alınmaktadır. Yargı yerleri tarafından uzun yıllar boyunca âdetâ “peşinen” mücbir sebep olarak görülen ve idarenin sorumluluğunu tamamen kaldırdığı kabul edilen tabiî âfetler, son on-yirmi yıl zarfında daha farklı bir bakış açısıyla değerlendirilmeye başlamıştır³⁹⁷. Bu yeni yaklaşım, üstlendiği kamu hizmetini kendinden beklenen kalitede ifa etmeyen, düzenleme ve denetim görevini gereği gibi yerine getirmeyen idarenin, tabiî âfetlerden doğan zararlardan hizmet kusuru ilkesi uyarınca sorumlu tutulmasını öngörmektedir³⁹⁸. Tabiatıyla bu tür zararlardan dolayı idareye yöneltilecek tazminat talepleri, idarî yargının görev alanına girecektir³⁹⁹.

Deprem sebebiyle lojmanı yıkılan bir kişinin uğradığı zararların tazminine ilişkin 1997 tarihli bir Danıştay kararı, tabiî âfetler konusundaki yaklaşımların hemen hepsini içinde barındırması bakımından incelemeye değerdir. Zararın tazmini için açılan davada idare mahkemesi:

“...her ne kadar deprem felaketi umulmayan bir durum ise de, idare hukukunda, umulmayan hal ile hizmet arasında zahiri bir ilişki olduğundan; bunun yol açtığı zarar idari bir hasar niteliğinde kabul edilerek ‘hasar’ kuramına göre idarenin sorumluluğunun kabul edildiği; umulmayan hal, hizmet kusurunu ortadan kaldırdığı halde, kusursuz sorumluluğu önleyemeyeceği; bu durumda lojmanın satın alınması sırasında idarece deprem bölgesi olan Erzincan’da satın alınan binanın gerekli teknik şartları taşıyıp taşımadığı hiç araştırılmadığından, idarenin kusurlu bulunduğu, kaldı ki, DGM lojmanı, hâkim ve savcı lojmanları ile özel kişilere ait birtakım binaların ya hiç hasar görmediği ya da küçük çapta hasara uğradığı anlaşılmakta olup anılan lojmanın tamamen yıkılmasının, inşaatın teknik yeterlilikte yapılmadığı ve depreme elverişli olmadığını gösterdiği, lojmanın satın alınmasında gerekli ve yeterli teknik inceleme yapılmadığından, deprem felaketinin idarenin kusurunu ortadan kaldırmayacağı...”

tespitinde bulunarak davacının maddî ve manevî tazminat talebini kısmen kabul etmiştir. Kararın temyizi üzerine Danıştay 10. Dairesi,

“...zararın mücbir sebep sayılması gerektiği açık olan deprem sonucu meydana geldiği, kusurdan uzak, önceden bilinemeyen, karşı konulamayan, idarenin faaliyetleri dışında meydana gelen gerçek bir olay olan mücbir sebebin zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkaran, zararlar idari faaliyet arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldıran etkenlerin başında geldiği...”

³⁹⁷ AKYILMAZ, s. 196; KUTLU, s. 15.

³⁹⁸ AKYILMAZ, s. 196.

³⁹⁹ Deprem nedeniyle uğranılan zararların tazmini istemiyle açılan davaların idarî yargıda çözümlenmesi hakkında bkz. UM., 12.11.2001, E. 01/87, K. 01/94, RG, 17.01.2002, s. 24643.

gerekçesiyle idarenin sorumluluğundan bahsedilemeyeceğine hükmederek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁴⁰⁰. İlk derece mahkemesinin ısrarı üzerine Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, Erzincan gibi birinci dereceden deprem bölgesi içerisinde bulunan bir yerde idarenin gereken araştırma ve incelemeyi yapmadan lojman satın almasının hizmet kusuru teşkil edeceğini belirterek idare mahkemesinin kararını onamıştır⁴⁰¹.

Danıştay 10. Dairesi, 1 Ekim 1995 tarihinde meydana gelen Afyon-Dinar Depremi sebebiyle lojmanı yıkılan ve ev eşyaları enkaz altında kalan bir hâkimin açtığı tam yargı davasına ilişkin olarak, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun yukarıda aktarılan onama kararına atıfta bulunmuş ve çevrede hasara uğramayan binalar varken lojmanın yıkılmasının bina seçimindeki hizmet kusurunu gösterdiğini belirterek idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir⁴⁰².

17 Ağustos 1999 depremine ilişkin Sakarya İdare Mahkemesi'nde açılan bir tam yargı davası, gerek tabiî âfetlerin sosyal risk ilkesiyle ilişkisi, gerekse mücbir sebep anlayışının hizmet kusuru lehine daralması bakımından önem arz etmektedir. Dava konusu olay, Sakarya Adliyesi'nde gece bekçisi olarak görev yapmakta olan bir kişinin binanın yıkılması sonucu hayatını kaybetmesine ilişkindir. Sakarya 2. İdare Mahkemesi; davacılar murisinin, kamu hizmetini yürütmekle görevli olmasından dolayı olağandışı bir zarar doğuran deprem olayına maruz kaldığı ve idarenin, bu nitelikteki zararların meydana gelmesinde kusuru bulunmasa dahi sosyal risk ilkesi uyarınca zararı tazmin etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Kararın temyizi üzerine Danıştay 10. Dairesi, aşağıdaki değerlendirmeleri yaparak idarenin sosyal risk değil, hizmet kusuruna göre sorumlu olduğu sonucuna varmıştır:

⁴⁰⁰ Danıştay 10. Dairesi, bu bozma kararında mücbir sebep-umulmayan hâl farkına şöyle değinmektedir: "...umulmayan halin idarenin faaliyetleri içinde doğan sebeplerden kaynaklandığı, bu özelliğiyle de idarenin faaliyetleri dışında doğan mücbir sebepten ayrıldığı, bu ayırım nedeniyle depremin umulmayan hal olarak nitelendirilmesine olanak olmadığı gibi umulmayan hallerde nedensellik bağı kurulması koşuluyla idarenin kusursuz sorumluluğundan söz edilirken, nedensellik bağı bütünüyle ortadan kalkan mücbir sebep hallerinde, idarenin tazmin sorumluluğuna gidilemeyeceği..."

⁴⁰¹ DİDDGK, 17.01.1997, E. 95/752, K. 97/57, DD, sayı: 93, s. 95-99.

⁴⁰² D.10.D., 04.05.1999, 7453/2213, (aktaran ATAY / ODABAŞI, s. 590-591).

“...Ülkemiz, jeolojik ve topoğrafik yapısı nedeniyle büyük can ve mal kayıplarına yol açan deprem felaketleriyle sık sık karşılaşan ülkelerin başında gelmektedir. Afetlerin önlenmesi ve zararların azaltılması amacıyla alınması gereken tedbirleri araştırmak, bu konudaki temel hedef ve politikaları belirlemek, ülke içindeki bilimsel, teknik ve idari çalışmaları koordine etmek, ortak sonuçları tüzük, yönetmelik, talimat ve eğitim yoluyla uygulamaya aktarmak ve denetlemek, afet zararlarının azaltılması amacıyla ulusal ve uluslararası işbirliği, proje ve programları oluşturmak, elde edilen sonuçları uygulamaya aktarmak, afete uğramış ve uğrayabilecek bölgeler ile yapı veya ikamet için yasaklanmış afet bölgelerini tespit ve ilan etmek, afet bölgelerinde yapılacak yapılarla ilgili kuralları, yapı tekniklerini ve projelendirme esaslarını tespit etmek, depremleri ve etkilerini incelemek, elde edilen sonuçlara göre deprem katalogları ve ülkenin deprem haritalarını hazırlamak ve geliştirmek ve depremlerden dolayı hasar görmüş yapıların takviye ve onarım yöntemleriyle ilgili çalışmalar yapmak, devletin yetki, görev ve sorumlulukları arasında bulunmaktadır. Deprem olgusunun doğal bir olay olarak ortaya çıkmasının yanında, idarece gerçekleştirilecek uygulamalarla doğabilecek zararların önlenmesi hatta ortadan kaldırılması mümkündür.

Sakarya Bayındırlık ve İskân Müdürlüğüne, söz konusu adliye binasının çok eski bir yapı olması nedeniyle proje ve dosyalarının arşivlerinde bulunmadığı bildirildiğinden binanın gerçek yıkım nedeninin tespitinin yapılamayacağı açıktır. Ancak, Türkiye gibi birinci derecede deprem bölgesinde bulunan ve sık sık depremlerin yaşandığı bir ülkede, depreme dayanıklı, deprem koşullarına uygun bir bina olmaması nedeniyle söz konusu kamu hizmet binasının yıkılması olayında, deprem nedeniyle sadece bu hizmet kusurunun ağırlaştığı, dolayısıyla davalı idarenin meydana gelen zararı, hizmet kusurunun bulunması nedeniyle tazmin etmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda, hizmet kusuru ilkesi uyarınca tazminata hükmedilmesi gerekirken, sosyal risk ilkesi uyarınca tazminat isteminin kısmen kabulü yolunda verilen kararda sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemiştir.”⁴⁰³

Danıştay, yalnızca deprem değil; orman yangını, yoğun yağışlar, su baskını ve toprak kayması gibi durumlarda da bu âfetleri doğrudan doğruya mücbir sebep olarak nitelememekte, idarenin üzerine düşen görevleri yapıp yapmadığını, bizzatıhi zararı veya zararın artmasını önlemek için gereken tedbirleri alıp almadığını da göz önüne almaktadır. Yapılan bu değerlendirme sonucunda yüksek mahkeme, idarenin hizmet kusuru çerçevesinde sorumluluğuna hükmedebilmektedir⁴⁰⁴.

Türk idare hukuku uygulamasında içtihat üreten bir başka merci olan Askerî Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM), tabii âfetler konusunda idarenin

⁴⁰³ D.10.D., E. 2005/1195, K. 2007/3123 (aktaran: VARLI, Tuncay; “Yaşam Hakkının İhlâl Edildiği Durumlarda İdarenin Hukukî Sorumluluğu Prensibinin Danıştay Uygulamaları”, Yüksek Yargı Organlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi, 2. Yuvarlak Masa Toplantısı, (14-16 Nisan 2010).

⁴⁰⁴ Trabzon’da meydana gelen bir toprak kayması sonrasında ruhsatsız bir kahvehane yıkılmış, bu sebeple yakınları ölenlerin açtığı tam yargı davasında Danıştay, ruhsatsız kahvehanenin çalışmasını engellemeyen, gerekli denetim ve gözetimi yapmayan idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir. D.10.D., 13.09.1993, E. 93/724, K. 93/3146; benzer kararlar için ayrıca bkz. D.10.D., 23.05.2002, 951/1751; D.10.D., 29.03.2001, 2234/1212; D.10. D., 26.11.2007, 894/5653 (aktaran ATAY / ODABAŞI, s. 586-590).

sorumluluğuna hükmetmekle beraber, bu sorumluluğu temellendirme bakımından Danıştay'dan farklı bir tutum sergilemektedir⁴⁰⁵. Yüksek mahkemenin; doktrindeki görüşlere ve mahkemenin daha önceki birçok içtihadına atıf yaptığı önemli bir karar şu şekildedir:

"Mücbir sebep (zorlayıcı neden), genel anlamda sezilemeyen ve karşı konulamayan bir olay demektir. Bu kavram Borçlar Kanununun çeşitli maddelerinde (m. 252, 293, 478, 481) 'mücbir sebep', 'mücbir kuvvet' ve 'esbabı mücbire' deyimleri ile anlatılmaktadır. Zorlayıcı neden, zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkaran ve zararlar idari etkinlik (faaliyet) arasındaki illiyet bağını kesen etkenlerin başında gelir. Zorlayıcı neden sayılan olaylar genellikle doğadan gelir. Deprem, yıldırım, taşkın, fırtına, kasırga, bora, toprak ve dağ kayması, çığ, sel, yağmur vb. gibi... Bunun yanında; harp, devrim(ihtilâl), ayaklanma, ekonomik abluka, olağanüstü durumların yol açtığı yağmacılık, çapulculuk gibi insan ve toplum olayları ile Devletçe konulmuş hukuki yasaklar da zorlayıcı neden sayılır (Yüksel ESİN Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, II. Kitap, Esas, Ankara 1976, Sh.237). Bir Danıştay kararında mücbir sebep kavramının başlıca unsurları 'kusursuzluk', 'sezilemezlik', 'karşı konulamazlık' ve 'gerçeklik' şeklinde ifade edilmektedir. (Dİ2D, 18.06.1975, E. 1972/2721, K. 1975/1343). Mücbir sebebin unsurları sayılırken Danıştay'ın, tanımında yer verdiği fakat unsurları sıralamada adım anmadığı bir husus daha vardır: Olayın kökeninin 'failin dışında' kalması (dışsallık unsuru). Yargı kararlarında ve bunları değerlendiren bilimsel çalışmalarda, mücbir sebebin kaza, tesadüfi olay veya 'umulmayan hal' denilen ve zararlar ilişkili faaliyetin içinden doğan olaylardan ayrılabilmesi için bu unsura başvurulmaktadır. Böyle bir ayırımın pratik yararı ise şu noktadadır: kaza ve benzeri umulmayan hallerde, zarara yol açan olay, kökeni itibarıyla sorumluluğu tartışılan hukuk kişinin faaliyeti içinde olduğundan; bu kişi, kusuru bulunmasa da objektif olarak sorumlu tutulabilir. Oysa mücbir sebebin varlığı kabul edildiğinde artık objektif olarak sorumlu tutulabilir. Oysa mücbir sebebin varlığı kabul edildiğinde artık objektif sorumluluk da söz konusu olmaz. Çünkü olay, sorumlu tutulabilecek kişi ile zarar arasında etkin biçimde girmiş ve illiyet bağını koparmıştır (YAYLA Yıldızhan, İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul 1980, Sh. 4748). Gerçekten, umulmayan (beklenmeyen) halin öğretideki tanımlaması da bizi bu sonuca götürmektedir. Çünkü öğretide tanımlamaya göre; idarenin faaliyeti yürütülürken birdenbire ortaya çıkan, yani öngörülemeyen fakat bilinse önlenemez olan bir olayın meydana gelmesi, beklenmeyen hale sebebiyet verir. Diğer bir deyişle, beklenmeyen haller; idarenin kusurlu sorumluluğunu kaldıran, fakat kusursuz sorumluluğun devamına engel olmayan ani, umulmayan veya o sırada bilinmeyen olaylardır. (Yıldızhan YAYLA, İdare Hukuku, İstanbul 1990, Sh.155). Oysa mücbir sebebi teşkil edecek olaylar, idarenin elindeki araçlarla ya da herhangi bir güçle önlenemeyecek, karşı konulamayacak türdendir. Böylece 'sezilememek' ve 'karşı konulamamak' zorlayıcı sebebin ayırt edici unsurları olmaktadır. Öte yandan 'kusursuzluk' ve 'gerçeklik' unsurları gözetildiğinde de aynı sonucu vurgulamak mümkündür. Gerçekten idari kusurdan ileri gelen bir olayı zorlayıcı sebeple (mücbir sebeple) açıklamak mümkün değildir. Yine zorlayıcı sebepten söz edebilmek için söz konusu olayın doğmuş, meydana gelmiş olması gerekir. Doğması beklenen veya doğacağı sanılan olaylar mücbir sebep iddiasına konu olamaz. (Kazım YENİCİ Yüksel ESİN, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, sh.102). Mücbir sebep üzerindeki bu tanımlama ve açıklamalar, zaman içerisinde idari yargı organlarında ve öğretide farklı bir mahiyet ve anlam kazanmıştır. Gelişen teknoloji ve idarenin yükselen standardı, mücbir sebep uygulamasının giderek azalmasına yol açmaktadır. Çünkü idare, güçlülüğü ölçüsünde sorumludur. İdarenin elindeki istatistikler, bilgiler, veriler, iletişim

⁴⁰⁵ AKYILMAZ, s. 198.

imkânları ve uzman personel, olaylardaki öngörülmezlik unsurunu giderek daraltmaktadır. Sözelimi, yağış istatistikleri, aynı olayın daha önce yer ve zamanı belirlenebilir şekilde görüldüğünü belgeleyen kayıtlar öngörülmezliği sınırlandırabilmektedir. Öngörülmezlik gibi önlenemezlik bakımından da idarenin standardı özel kişilerin çok üstündedir. Mesela, idare bir faaliyete başlarken, bir tesis kurarken, bunun yerini seçmekte genellikle takdir yetkisine sahiptir. Ama idarenin elindeki bilgi ve bulgulara rağmen, sözelimi bir heyelan bölgesinden veya dere yatağına yakın bir noktadan karayolu geçirilmişse, yolun çökmesi halinde idare sorumlu tutulabilecektir. Çünkü zarar veren tesisi, kaçınılması gereken bir yere yapmıştır. Bunun gibi, idare, teknik imkânları elverdiğince tabii (doğal) olayları dahi engelleyecek tedbirleri almalıdır. Bununla birlikte, idarenin standardını abartmak, Devletin mali ve teknik imkânlarını aşan yükümlülükleri kamuya yüklemek olur. Danıştay da, alınacak tedbirlerin ekonomik ve mali yükünü göz önünde tutarak bu standardı uygulamaktadır. (Yıldızhan YAYLA, İdare Hukuku, sh.156). Kurulduğu yıllardan itibaren AYİM'de, önüne gelen olaylarda 'mücbir sebep' teşkil eden olaylarda idarenin sorumluluğu ya da sorumsuzluğuna ilişkin muhtelif kararlara varmıştır. Örneklemek gerekirse; Hudut karakolunda görevli iken, karakol ihtiyacı için 500 metre ilerideki çeşmeden su almaya giderken düşen çığ altında kalarak ölen erin yakınlarının açtığı tazminat davasında, karakolun bulunduğu bölgenin çığ tehlikesinin büyük olduğu bir mıntıka olmasının umulmayan hale sebebiyet verdiği değerlendirilerek, idarenin sorumluluğu yoluna gidilerek tazminata hükmedilmiş (AYİM 3. D. 13.7.1976, 1974/61 E. 1976/407 K.), hudut taburunda görevli iken çığ düşmesi sonucu ölen üsteğmenin yakınlarının açtığı tazminat davasında, idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilerek tazminata hükmedilmiş (AYİM 3.D. 8.6.1976, 1976/1935E. 1976/3065 K.), hudut taburunda görevli iken, bölükten karakola tertip edilen yeni erati getirmek, bazı ihtiyaç maddelerini getirmek ve karakol eratinin memleketten gelen paralarını almak üzere görevli olarak bölük merkezine giden ve dönüşte yolda aniden çıkan tipi sebebiyle donarak ölen erin yakınlarının açtığı tazminat davasında; idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilerek tazminata hükmedilmiş (AYİM 3.D. 21.9.1976, 1974/2425 E. 1976/5184 K.), hudut nöbeti sırasında havanın fazla yağışlı olması nedeniyle düşen yıldırımın isabeti sonucu ölen erin yakınlarının açtığı tazminat davasında, hudut nöbeti görevine tahsis edilen önemli bir yerde devamlı görev halinde bulunan personelin yağışlı havalarda yıldırımdan korunması için tedbir alınmamış olunması dolayısıyla, ortada bir umulmayan halin söz konusu olduğu belirtilerek, idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilerek, tazminata hükmedilmiştir (AYİM 3.D 4.12.1976, 1974/512 E. 1976/8150 K.). Anılan AYİM kararlarından da açıkça görüleceği üzere, mahkememizin kararları öğretideki son gelişmelere paralel bir seyir izlemiştir; idarenin yükselen standardı gözetilerek, mücbir sebep teşkil eden doğa olaylarının varlığına rağmen, idarenin sorumluluğu yoluna gidilmiştir.⁴⁰⁶

Görüldüğü üzere AYİM, bu kararında mücbir sebep ile beklenmeyen hâl ayırımından hareket ederek, çığ düşmesi, yıldırım, tipi ve toprak kayması gibi olaylar neticesinde meydana gelen zararların askerî hizmetin tamamen "dışında" olmadığını, bu sebeple mücbir sebep değil, beklenmeyen hâl kapsamında görülmeleri gerektiğini belirtmektedir. Bir önceki bölümde belirttiğimiz üzere mücbir sebep, idarenin sorumluluğunu tamamen kaldırır. Mücbir sebeple "dışsallık" hâricinde aynı özellikleri gösteren beklenmeyen hâl ise, yalnızca idarenin kusurlu sorumluluğunu yok eder. Yani beklenmeyen

⁴⁰⁶ AYİM 2.D, 14.04.1993, K. 93/6147, AYİMD, sayı: 8.

hâllerde idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmek mümkündür. İşte AYİM, içtihadına konu olan doğa olaylarını “beklenmeyen hâl” kapsamında değerlendirerek bunlardan doğan zararların kusursuz sorumluluk ilkelerine göre tazmin edilmesine hükmetmektedir⁴⁰⁷.

Kusurlu sorumluluk, idarenin sorumluluğu bakımından aslî ve birincil ilke konumundadır⁴⁰⁸. İdarî yargı yerleri, bu tür zararların tazmini için açılan davalarda tabîî âfetleri kategorik olarak “mücbir sebep” saymamalı, her bir somut olay için mücbir sebebin dışsallık, öngörülemezlik ve karşı konulamazlık özelliklerini -idarenin yükselen standartlarını da göz önüne alarak- kümülâtif bir biçimde aramalıdır. Bu değerlendirme sonucunda eğer somut olay, öngörülemez veya karşı konulamaz değilse hizmet kusuruna, öngörülemez ve karşı konulamaz olduğu hâlde idarî faaliyetin tamamen “dışında” addedilemiyorsa kusursuz sorumluluğa yönelmelidir.

II. KİTLE HAREKETLERİ

Yirmi birinci yüzyıl, henüz ilk on yılı geride kalmasına rağmen toplumsal ilişkiler alanında devrim niteliğinde gelişmelere sahne olmaktadır. İnternet aracılığıyla günlük hayata giren sosyal medya, insanların içeriğini bizzat yarattıkları dinamik bir paylaşım zemini olarak gazete, televizyon, radyo ve hatta internet haberciliği gibi diğer kitle iletişim araçlarını ikinci plâna atmıştır. Klâsik kitle iletişim araçları karşısında şimdiye dek pasif konumda kalan bireyler, sosyal medya aracılığıyla görülmemiş bir hızda aktive olmuş ve “paralel, eşit, alternatif ve karmaşık bir sanal - toplumsal evren” kurma şansı yakalamıştır. Bu sanal toplum, –Arap baharında⁴⁰⁹ ve son olarak Gezi

⁴⁰⁷ AYİM’in kusursuz sorumluluğa hükmettiği benzer kararlar için bkz. AYİM 2. D., 11.11.1996, E. 96/109, K. 96/921, AYİMD, sayı: 12, s. 976-979; AYİM 2. D., 01.12.1999, E. 99/97, K. 99/82, AYİMD, sayı: 14, s. 879-881; AYİM 2. D., 18.04.2001, E. 00/274, K. 01/388, AYİMD, sayı: 16, s. 592-594; AYİM 2.D., 22.04.1998, E. 97/649, K. 98/316, AYİMD, sayı: 13, s. 826-829.

⁴⁰⁸ GÖZLER, İdare, cilt: II, s. 1071.

⁴⁰⁹ Gerçekten de Ortadoğu’da “Arap baharı” denilen kitle hareketleri, sosyal medyanın bu konuda yeni bir çıkış açtığını açık bir şekilde göstermektedir. Öyle ki bu süreçte sosyal medya iletişiminin “domino etkisi” sebebiyle onlarca yıllık rejimler çok kısa bir zaman içerisinde yıkılabilmektedir. Sosyal medyanın Arap baharı üzerine etkisi hakkında daha detaylı okuma için bkz. NOLL, Andreas; “Sosyal Medyanın Arap Baharındaki Rolü”, Çeviren: Hülya Köylü, Deutsche Welle Türkçe, <http://www.dw.de/dw/article/0,,15175703,00.html>, Erişim: 07.05. 2013; TEKEK, Murat;

Parkı eylemlerinde⁴¹⁰ örneklerini bolca gördüğümüz gibi- devletin “menziline” dışında” oldukça etkin bir biçimde örgütlenme ve öngörülemez tehlikelilikteki kitle hareketlerini tetikleme kabiliyetine sahiptir⁴¹¹.

Kitle hareketleri esnasında kolluk kuvvetlerinin kendi icraî eylemleriyle sebep oldukları zararlar, tabîî olarak hizmet kusuruna veya diğer kusursuz sorumluluk ilkelerine göre tazmin edilebilecektir⁴¹². Ancak bu tür olaylarda idarenin dışındaki üçüncü kişilerin (göstericilerin, eylemcilerin) fiilleriyle ağır, yaygın ve inîfiâl uyandıracak nitelikte zararlar ortaya çıkabilir. Üstelik çoğu zaman, hâdisenin kargaşası içerisinde zarar verici davranışları gerçekleştiren kişileri tespit etmek de mümkün olmaz. İşte kitle hareketleri esnasında / sonrasında ortaya çıkan bu tür zararlar, toplumsal hayatın kaçınılmaz bir sonucu olmak itibariyle sosyal risk ilkesinin ilgi alanına girmektedir.

“Sosyal Medya ve Arap Baharı”, <http://www.orsam.org.tr/tr/yazigoster.aspx?ID=2964>, Erişim: 07.05.2013.

<http://www.orsam.org.tr/tr/yazigoster.aspx?ID=2964>, ORSAM 07 Aralık 2011.

⁴¹⁰ Kitle hareketlerinin ne derece anî gelişebileceğinin ve ne denli büyük etkiler doğurabileceğinin en yakın örneği, bu satırlar kaleme alınmadan henüz birkaç hafta önce Türkiye’de patlak veren Gezi Parkı eylemleridir. İdare tarafından İstanbul Taksim’deki Gezi Parkı’na tarihî Topçu Kışlası’na benzer görünümlü bir alışveriş merkezinin inşa edilmesinin kararlaştırılması, şehrin merkezindeki son yeşil alanlardan birini kaybetmek istemeyen halkın tepkisine neden olmuştur. İdareyi protesto ederek tepki gösteren vatandaşlara kolluk kuvvetleri tarafından orantısız bir biçimde müdahale edilmesi hâdiseyi çığırından çıkarmış, sosyal medya aracılığıyla katlanarak büyüyen tepki, Türkiye’nin onlarca şehrinde milyonlarca insanı bir aya yakın bir süre sokaklara dökmüştür.

⁴¹¹ Sosyal medyanın ne derece öngörülemez kitle hareketlerine sebep olduğu konusunda Almanya’da yaşanan şu olay hayret vericidir: “Hamburg’da, internetteki bir sosyal paylaşım sitesi üzerinden birkaç arkadaşına doğum günü partisi daveti gönderen, ancak güvenlik hatası yapan 16 yaşındaki Thessa adlı genç kızın evine, 1500’den fazla tanımadığı kişi geldi. Almanya basınındaki haberlere göre, davetiye mesajını dikkatsizlikle “özel” ibaresi koymadan yayımlayan genç kız, daha sonra bu hatasını anladı ve bu davetini kaldırmaya çalıştı, ancak geç kalmıştı. Cuma akşamı yüzlerce genç, kızın evine akın etmeye başladı. Bunlardan bazıları “Seni seviyoruz Thessa” yazılı pankartlar bile taşıyordu. Telaşa kapılan kızın ailesi önlem olarak özel bir güvenlik şirketinden eleman çağırdı, ancak gürültü patırtıyla baş edemeyince sonunda polisten yardım istedi. Eve gelen yüzlerce polis memuru, 11 kişiyi alkol sınırını aşmak ve kamu düzenini bozmaktan gözaltına aldı. Polis, çöp kutularının yakıldığını ve otomobillerin tahrip edildiğini belirtti.” (“Doğum Gününe 1500 Kişi Geldi”, Sabah Gazetesi, 06.06.2011, <http://www.sabah.com.tr/Dunya/2011/06/06/dogum-gunune-1500-kisi-geldi>, Erişim: 07.05.2013)

⁴¹² AYANOĞLU, Taner; “Kolluk Faaliyetleri Nedeniyle Meydana Gelen Zararlar ve Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi”, **İHİD**, yıl: 16, (Ocak 1995), s. 5-10.

A. FRANSIZ HUKUKUNDA DURUM⁴¹³

Toplantı ve gösteri yürüyüşü gibi kitle hareketlerinden doğan zararlar, Fransa'da sosyal risk (*risque social*) kapsamında değerlendirilmekte ve devletin bu zararlardan dolayı kusursuz sorumluluğu kabul edilmektedir. Fransız idaresinin bu sorumluluğu, 7 Ocak 1983 ve 9 Ocak 1986 tarihli Kanunlara dayanmaktadır.

7 Ocak 1983 tarihli Kanunun 92. maddesi, toplantı ve gösteri yapanların yol açtıkları zararlardan devletin sorumlu olacağını, bununla birlikte eğer eylemin gerçekleştiği yer belediyesi gereken kolluk önlemlerini almamış ise devletin söz konusu belediyeye rücu edebileceğini öngörmüştür. 9 Ocak 1986 tarihli Kanunun 27. maddesi ise, toplantı ve gösteri yürüyüşü neticesinde zarar görenler tarafından devlete karşı açılacak tazminat davalarının idarî yargıda çözümleneceğini düzenlemektedir.

Conseil d'Etat, kitle hareketlerinden doğan zararlardan dolayı devletin sorumlu olacağını öngören ve bu konuda idarî yargıyı görevlendiren kanunî düzenlemeler çerçevesinde birtakım içtihatlarda bulunmakta ve konuyla ilgili bazı ölçütler tespit etmektedir. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme, kitle hareketlerinden doğan zararın özel sigorta şirketleri tarafından karşılanması hâlinde, bu şirketlerin zarar görenlere halef olarak idare aleyhinde tazminat davası açabileceklerini ve açılacak bu davada da kusursuz sorumluluk esasının geçerli olacağını kabul etmektedir.

Fransız yargısı, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinden doğan zararların devletin kusursuz sorumluluğuna yol açması için bazı kıstaslar geliştirmiştir. Buna göre evvelâ tazmin edilecek zarar, konusu ve amacı ne olursa olsun⁴¹⁴, bir toplantı veya gösteri (protesto, nümayiş) sebebiyle⁴¹⁵ ortaya çıkmış olmalıdır. Ayrıca ortaya çıkan ve tazmini istenen zarar ile eylemciler tarafından gerçekleştirilen toplantı veya gösteri arasında illiyet bağı

⁴¹³ GÖZLER, *İdare*, cilt: II, s. 1078 vd.; CHAPUS, cilt: I, s. 1330 vd.; LAUBADÈRE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 152.

⁴¹⁴ Salt belli bir suç işleme gayesiyle toplanan grupların işledikleri fiiller, "toplantı" veya "gösteri" kapsamında kabul edilmemektedir.

⁴¹⁵ Bu noktada önemli olan insanların bir araya gelmesi, toplanması durumudur. Bunun kamuya açık veya özel bir yerde gerçekleşmiş olması ehemmiyet arz etmez.

bulunmalıdır. Nihayet, karşılanması talep edilen zararın, eylemcilerin “suç” teşkil eden fiilleri sonucunda meydana gelmiş olması gerekir.

B. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Görüldüğü üzere, Fransız hukukunda kitle hareketlerinden doğan zararların karşılanması doğrudan doğruya kanunî düzenlemelere dayanmaktadır. Türk hukukunda ise Fransa’da olduğu gibi bütün kitle hareketlerini kapsayacak genel nitelikte bir kanun yoktur. Bununla birlikte, konuyla ilgili özel bir düzenleme olarak, 6-7 Eylül 1955 tarihlerinde İstanbul ve İzmir’de yaşanan hâdiseler⁴¹⁶ üzerine çıkarılan 28.02.1956 tarihli 6684 sayılı Kanunu gösterebiliriz⁴¹⁷. Bu Kanun, söz konusu toplumsal olaydan doğan zararların devlet tarafından karşılanmasını öngörmüş, ancak tazmin için 65 milyon lira gibi bir üst sınır belirleyerek zararın bu miktarı aşan kısmını mağdurların üzerinde bırakmıştır⁴¹⁸.

Türk hukukunda kitle hareketlerinden doğan zararların tazminine ilişkin genel bir kanunun bulunmaması, bu olaylardan idarenin sorumlu tutulup tutulamayacağı konusunda bir belirsizliğe yol açmaktadır. Bu belirsizlik, yargısal içtihatları son derece tutarsız bir hâle getirmiştir. Öyle ki Danıştay, kitle hareketleriyle ilgili bazı kararlarında hizmet kusuruna, bazı kararlarında kusursuz sorumluluğa, bazı kararlarında ise idarenin sorumlu olmadığına hükmetmiştir⁴¹⁹.

Danıştay, kitle hareketleriyle ilgili hizmet kusuru içtihadını temellendirirken iki farklı yaklaşım göstermektedir. Yüksek mahkemenin ilk yaklaşımı, hizmet kusuruna hükmettiği diğer bütün kararlarda olduğu gibi, bazı somut göstergelere dayanılarak hizmetin kötü işlediğinin, geç işlediğinin veya hiç işlemediğinin ortaya konulması şeklindedir. 2 Temmuz 1993

⁴¹⁶ 1955 yılında Kıbrıs Türklerine uygulanan baskı ve soykırım politikası, Türkiye gündeminin ilk maddesi hâline gelmişti. İstanbul’daki Rumların aralarında bağış toplayarak ENOSİS çetelerine yardım gönderdiğine ve Atatürk’ün Selânik’te doğduğu evin bombalandığına ilişkin haberler, toplumda var olan hassasiyeti doruk noktasına ulaştırmış ve İstanbul’da yaşayan Rumlara karşı 6-7 Eylül 1955 tarihinde üzücü saldırıların yaşanmasına sebep olmuştur.

⁴¹⁷ AZRAK, s. 143; AKYILMAZ, s. 187; ÖZGÜLDÜR, s. 92.

⁴¹⁸ AZRAK, s. 143; KARAKAŞ, s. 52.

⁴¹⁹ GÖZLER, *İdare*, cilt: II, s. 1118.

tarihinde Sivas Madımak Oteli'nin yakılması ve bu sebeple otuz üç kişinin hayatını kaybetmesi sonucunu doğuran olaylarla ilgili Danıştay kararı, buna örnek olarak verilebilir:

*"Kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması devletin aslî görevidir. İdarenin bu görevi yerine getirmek, kamu düzeni ve esenliğini sağlamak üzere kolluk örgütünü kurması, gerekli araç ve olanakları sağlaması, yeterli önlemleri zamanında alması gerektiği açıktır. Dosyanın incelenmesinden, davalı idarenin 4. Pir Sultan Abdal Kültür Etkinliklerinin ikinci gününde protesto eylemlerinin başlamasından otelin yakılmasına kadar geçen yedi saate yakın bir süre kalabalığı dağıtmaya, etkisiz hale getirmeye yönelik girişimlerde yetersiz kaldığı, önleyici kolluk tedbirlerini alamadığı, kalabalığı dağıtmaya yarayacak araç ve gereçlerini hazır bulundurmadığı, özetle hizmetin geç ve kötü işlemesi sonucu uyuşmazlık konusu zararların meydana geldiği anlaşılmaktadır."*⁴²⁰

1970 yılında Kayseri TÖS kongresi esnasında meydana gelen olaylarla ilgili kararında da Danıştay benzer bir yaklaşım sergilemekte ve hizmet kusuru içtihadını "kolluk görevlilerinin uzun bir süre olay yerine intikal etmemesi" gibi somut bir göstergeye dayandırma ihtiyacı duymaktadır:

*"(...) yaptırılan tespite göre saat 10.30'dan 14.30'a kadar dört saat süre ile sözü geçen işyerinin tahrip edildiği ve yağmalandığı halde bu arada hiçbir polis veya görevlinin hadise mahalline gelmediği (...) anlaşıldığından idarenin hizmetin kusurlu işlemesi sonucu doğan zararları tazmin etmesi gerekir."*⁴²¹

Danıştay'ın idarenin kusurlu sorumluluğuna hükmederken ikinci yaklaşımı, idare gerekli tedbirleri aldığını iddia etse de bizzatî kitle hareketinin ortaya çıkmasının idarenin kusurunu gösterdiği şeklindedir. Başka bir deyişle yüksek mahkeme bu tür kararlarında, hizmetin geç işlediğini, kötü işlediğini veya hiç işlemediğini gösterecek herhangi bir somut gerekçe bulamasa da bizzat hâdisenin meydana gelmiş olmasını bu yönde bir "işaret / karine" olarak kabul etmektedir:

*"Davalı idare, bütün tedbirlerin alındığını iddia etmekteyse de, gösteriler esnasında tahriplerin yapılmış olması, alınmış tedbirlerin kifayetsizliğini gösterdiğinden, kamu hizmetinin noksan ifası suretiyle meydana gelen zararın (...) tazminine karar verilmiştir."*⁴²²

"Her ne kadar davalı idare, savunmasında gerekli önlemlerin alındığını, buna rağmen olayların meydana gelmesinin önlenemediğini ileri sürmekte ise de, güvenlik kuvvetlerinin olayların gelişmesini önleyememiş olmaları hali bile gerekli önlemlerin

⁴²⁰ D.10.D., 12.07.1995, E. 94/7359, K. 95/3559, DD, sayı: 91, s. 1106.

⁴²¹ D.12.D., 13.04.1970, E. 69/3435, K. 70/754, **Danıştay Onikinci Daire Kararları**, I. Kitap, cilt: II, s. 221.

⁴²² D.12.D., 24.03.1969, E. 68/1992, K. 69/543, aktaran: ARMAĞAN, s. 168.

zamanında alınmadığını veya alınan önlemlerin yeterli ve etkin olmadığını göstermektedir.”⁴²³

Danıştay’ın, sayıca az da olsa, kitle hareketleriyle ilgili kusursuz sorumluluğa hükmettiği kararları da vardır⁴²⁴. Gaziantep’te polis takibi esnasında ölen bir kişinin yakınları, hükümet binası önünde toplanıp binayı taşlamışlar ve bu sebeple özel bir otomobil hasara uğramıştır. Otomobil sahibinin açtığı tam yargı davasında Danıştay, şu değerlendirmelerde bulunarak idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmiştir:

“Olayların gelişmesinde idareye atfı kabil herhangi bir kusurun bulunup bulunmadığı, davanın niteliği bakımından haiz-i ehemmiyet görülmemiştir. Can ve mal güvenliğinin sağlanması devletin başta gelen görevlerinden olduğuna göre, bu olaylarla hiçbir ilgisi bulunmayan davacının uğradığı zararın idarece tazmin edilmesi hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir.”⁴²⁵

Kitle hareketleriyle ilgili bazı kararlarında Danıştay, idarenin sorumlu olmadığını düşünerek tazminat talebini reddetmektedir. Yüksek mahkemenin EGO Genel Müdürlüğü’nün İçişleri Bakanlığı’nı hasım göstererek açtığı bir tam yargı davasında verdiği karar, bu bakımdan dikkate şayandır. EGO’ya ait otobüsten inmekte olan bir gruba, karşıt görüşlü başka bir topluluğun taşlı saldırıda bulunması sonucunda otobüsün gördüğü zararın karşılanması ilişkin davada Danıştay, şu tespitleri yapmaktadır:

“(…) Kamu hizmetlerinin yürütülmesi dolayısıyla idarenin tazminat ödemekle yükümlü tutulabilmesi için ortada idarî bir eylemin bulunması, bu eylemden zarar meydana gelmesi, bu idarî eylem ile zarar arasında nedensellik bağı bulunması gerekir. Zarar doğuran eylemin bağlanabilmesinden sonra doğan zararın kusurlu

⁴²³ D.12.D., 17.05.1982, E. 82/2823, K. 82/1321, aktaran: ARMAĞAN, s. 171-172. Danıştay, Elbistan’daki mezhep çatışmasına ilişkin kararında da aynı “karine”yi kullanmaktadır: “İlçe halkının can ve mal güvenliğini gereği gibi sağlayamayan, hizmet personeli üzerindeki denetimi yapamayan idarenin hizmet kusuru açık olduğundan tazminat isteminin kabulüne...” (D.12.D., 21.05.1968, E. 68/140, K. 68/1183, aktaran: ARMAĞAN, s. 167). Aynı doğrultuda diğer kararlar için bkz. D.12.D., 24.11.1969, E. 68/2424, K. 69/1911, (**Danıştay Onikinci Daire Kararları**, I. Kitap, cilt: II, s. 220); D.10.D., 17.11.1982, E. 82/785, K. 82/2310, D.10.D., 29.11.1982, E. 82/2425, K. 82/2354, (aktaran: ARMAĞAN, s. 171-172).

⁴²⁴ Danıştay bir kararında kitle hareketlerini kusursuz sorumlulukla ilişkilendirerek şöyle bir değerlendirmede bulunmaktadır: “(...) gelişen toplum ihtiyaçları ile birlikte bu hüküm (Anayasa m. 125) geniş yorumlanmak suretiyle idare ajanlarının kişisel davranışları, hatta üçüncü kişilerin eylemlerinin doğurduğu zararların da idarenin sorumluluğu sonucunu doğurmuştur. Özellikle kitle hareketlerinden doğan kargaşa ve saldırıların yol açtığı zararların onların doğumunda hiçbir kusuru olmayan kişilerin omuzlarında bırakılmasının hakkaniyete uygun olmayacağı düşüncesi kusursuz sorumluluk ilkesini doğurmuştur.” (D.10.D., 23.06.1997, E. 96/3996, K. 97/2544, DD, sayı: 95, s. 637-640). Danıştay bu kararda kusursuz sorumluluk ilkesinin ortaya çıkışını, kitle hareketlerinden doğan zararlara bağlamıştır. Hâlbuki ilk bölümde görüldüğü üzere kusursuz sorumluluk teorisinin ortaya atılmasıyla bu tür zararların hiçbir ilgisi yoktur.

⁴²⁵ D.12.D., 06.11.1971, E. 69/1746, K. 71/2478, aktaran: ESİN, **Esas**; s. 163.

veya kusursuz sorumluluk ilkelerine göre tazmini cihetine gidilmesi söz konusu olabilir.

Bakılan davada zarar, doğrudan doğruya bir idari ajanın fiilinden doğmamıştır. Zararın, idarenin Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu ile ve diğer yasalarla kendisine verilen emniyet ve asayiş sağlama görevini gereği gibi yerine getirmemesinden ve zamanında gerekli önlemleri almamasından doğduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bir kamu hizmeti olan kolluk görevinin, zarar doğurması kuvvetle muhtemel olaylardan idare önceden haberdar edilmediği veya bu gibi eylemlerin olabileceğine ilişkin ortada ciddi belirtiler bulunmadığı sürece genel nitelikteki önlemlerle yürütülmesi doğaldır. Bu itibarla olayın oluş biçimine göre, zararın davalı idarenin gerekli önlemleri almamasından meydana geldiği kabul edilemeyeceğinden, zararın idarenin olumlu ve olumsuz eyleminden doğduğu söylenemez. Olayda genel nitelikte önlemlerle yetinmiş bulunması da idarenin tazminle yükümlü tutulmasını gerektirmez.

Davacının uğradığı zararın sosyal hasar kuramına göre tazmini gerekip gerekmeyeceğine gelince; Fransa ve Almanya’da genel nitelikteki yasal düzenlemelerle uygulamada ve kuramda yer verilmiştir. Ülkemizde ise belli sosyal olaylardan doğan zararların tazmininde yasakoyucu bu yola gitmiş, genel bir düzenleme yapılmamıştır. Doktrinde benimsenen görüşe göre, bir zararın sosyal hasar kuramına göre tazmin edilebilmesi için, bu zararın toplumsal bir ayaklanma, kargaşa veya harp nedeniyle meydana gelmiş bulunması, zarar doğuran olayı önlemek idarenin görevlerinden olmasına karşın idarenin kusuru olmaksızın önleyememiş bulunması veya daha büyük zararlara sebebiyet vermemek için önlemekten bilerek kaçınması gerekir.

Davacı kuruluşa ait otobüsün 31.5.1978 günü Ankara Yıldırım Beyazıt Meydanında saat 13 sıralarında kimliği belirsiz bazı kişilerin oluşturduğu bir grubun taşlı saldırısına uğramasına ilişkin olayda yukarıda belirtilen koşulların gerçekleşmemesi karşısında davalı idarenin sosyal hasar kuramına göre tazminatla yükümlü tutulmasına da olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle doğan maddî zarar ile kolluk hizmeti arasında nedensellik bağı bulunmadığından ve ayrıca olayın niteliği sosyal hasar kuramının uygulanmasına da elverişli görülmediğinden tazminata ilişkin davanın reddine (...) karar verildi.⁴²⁶

Türk hukukunda kitle hareketlerinden doğan zararların karşılanmasıyla ilgili genel bir kanunun bulunmaması, bu konuyla doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına da neden olmuştur. DURAN, bu hususta herhangi bir kanun bulunmasa bile, en azından kusur karinesinin benimsenebileceğini yahut eski hukukumuzdaki *kasame*⁴²⁷ uygulamasından yararlanılarak kusursuz sorumluluğa hükmedilebileceğini düşünmektedir⁴²⁸. AZRAK ise

⁴²⁶ D.12.D., 16.10.1980, E. 79/515, K. 80/3750, DD, sayı: 42-43, s. 330-332.

⁴²⁷ Sözlükte “yemin”, “yemin etmek”, “yemin eden topluluk”, “sulh” ve “yüz güzelliği” gibi anlamlara gelen *kasame*, fıkıhta ukûbâta (ceza hukukuna) ilişkin bir terim olarak kullanılmakta ve bir yerde işlenen fâili meçhul cinayet hakkında o yer halkından elli kişinin bu cinayeti işlemediklerine ve işleyeni de bilmediklerine dâir ettikleri yemini ifade etmektedir. Kasame müessesesi ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. ŞEN, Cemalettin; **İslam Hukukunda Kasame**, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1996.

⁴²⁸ DURAN, **Türkiye İdaresinin**, s. 42-43.

Fransız idare hukukçusu CHAPUS'nün fikirlerine dayanarak “kusur karinesi” hususunda şunları söylemektedir:

“Burada akla gelen ilk soru, söz konusu ‘kusur karinesi’nin kesin bir karine mi, yoksa sadece ispat yükünün yer değiştirmesine yarayan bir karine mi olduğudur. Eğer kusur karinesi kesin, yani aksi ispatlanamayan bir karine telâkki ediliyorsa, gerçekte bir kusur yok demektir. Bu takdirde kusursuz sorumluluk ile kusur karinesi arasında pratik sonuçları bakımından önemli bir fark olduğu söylenemez. Yok, eğer kusur karinesi aksi ispatlanabilir karinelere (ki kanunî değil, fiilî bir karine olduğuna göre bu son olasılık daha doğrudur), bu takdirde söz konusu karineye dayanan sorumluluk, esas itibarıyla kusurdan doğan sorumluluktur. [Bu durumda] İdare kusuru bulunmadığını ispatlayabilirse, sorumluluktan tümüyle kurtulabilecektir ki bu sonuç, toplumsal muhatara (sosyal risk) hallerinde zararın büsbütün olaydan zarar gören kişilerin omuzlarına yükletilmesi anlamına geleceği için haksızlığa ve adaletsizliğe kadar varabilir.”⁴²⁹

Danıştay'ın kitle hareketleri konusunda yukarıda nakledilen farklı içtihatlarını değerlendiren GÖZLER, sadece idarenin yeterli kolluk kuvvetini hazır bulundurmasına rağmen olaya müdahale etmemesi veya olayı önceden haber almasına rağmen her nedense müdahale edememesi gibi durumların “gerçekten” kusur sayılabileceğini, ancak diğer durumlarda -sosyal olayların çoğunlukla kendiliğinden patlak vermesi ve plânlı olmamasından dolayı- idareye herhangi bir kusur atfedilemeyeceğini belirtmektedir. Yazar, bu görüşünü zararlar idare arasında herhangi bir illiyet bağı bulunmadığı tespitiyle birleştirerek, bu tür zararların karşılanmasına ilişkin bir kanun çıkarılmadıkça idarenin sorumluluğuna yargı içtihadıyla hükmetmenin mümkün olmadığını, mağdurların uğradıkları zarara *beklenmedik hâl mâliki etkiler* (ateş düştüğü yeri yakar - casum sentit dominus) ilkesince katlanmaları gerektiğini ifade etmektedir⁴³⁰.

Pozitif hukuktaki durum, yargı kararları ve doktrindeki görüşlerin hepsi birlikte değerlendirildiğinde, kitle hareketlerinden doğan zararların karşılanması hususunda şunları söylemek mümkündür: Eğer mevcut sorumluluk anlayışının genişletilmesi ve yeniden yorumlanması üzerinde “kafa yorulmak” istenmiyorsa, tercih edilecek en selâmetli yol, Fransa’da olduğu gibi bu meselenin yasal bir düzenlemeyle çözülmesidir. Bu yolun dezavantajı, bugün ve gelecekte –belki de şu an hiç tahmin edilemeyen bir sebeple- ortaya çıkacak yeni “sosyal risk”lerle karşılaşıldığında yargı

⁴²⁹ AZRAK, s. 139-140.

⁴³⁰ GÖZLER, *İdare*, cilt: II, s. 1123.

organlarının pasif bir tutum takınması ve her seferinde ihtiyacı karşılayacak yeni bir kanun çıkarılıncaya kadar mağdurların korumasız bırakılacak olmasıdır.

Kanaatimizce henüz kitle hareketlerinden doğan zararların tazminiyle ilgili bir kanun bulunmaması, Türk idarî yargısına yeni ve orijinal bir sorumluluk anlayışı geliştirmek ve genellikle Conseil d'Etat'nın üstlendiği “yol açıcı” rolü –tabiri câizse- “çalmak” bakımından ciddî bir fırsat sunmaktadır.

Çalışmanın muhtelif yerlerinde defalarca ifade edildiği üzere idare hukuku, özel hukuktan tamamen farklı bir sosyal gerçekliğe hitap etmek durumundadır. Bu yüzden idarî yargı yerleri ve idare hukuku doktrini, bilhassa sorumluluk hususunda özel hukukun kavram ve ilkelerinden olabildiğince bağımsız düşünmeye çalışmalıdır. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, özel hukuk kişilerinin çok ötesinde ve hayatın bütün alanlarına her an müdâhil olabilecek yetkilerle donatılmıştır. O hâlde bu kişilerin (idarenin) kusuru ve dolayısıyla sorumluluğu da gerek zamansal, gerek mekânsal açıdan daha geniş bir şekilde değerlendirilmelidir. Bir olayın aniliği ve kendiliğinden patlak vermesi, ancak bir özel hukuk kişisini “temize çıkarabilir”. Fakat aynı şeyi; bireylerin öz-savunma haklarını ve “şiddet tekeli”ni kendisine devrettikleri, en aslî (ilkel) vazifesi vatandaşlarının can ve mal emniyetini sağlamak olan ve bu sebeple olağanüstü yetkilerle donatılmış idare için söylemek mümkün değildir.

Kitle hareketleri, birkaç anti-sosyal şahsın işlediği, arızî ve mevzî nitelikteki adî suçlar gibi görülemez. Zira binlerce kişinin dâhil olduğu bu hâdiseler, zâhirde ani ve önlenemez gibi görünse de, idarenin uzun bir süreçte ve farklı alanlardaki birçok “kusur(cuk)”larının birikmesi sonucunda meydana gelmektedir. Kitle hareketlerinde idarenin sorumluluğunu yalnızca “olayın gerçekleştiği anda idarenin gerekeni yapıp yapmaması” üzerinden tartışmak, önceden bardağı ağzına kadar doldurmuş bir kişinin bardağı taşırmaktaki sorumluluğunu bardağa bıraktığı “son damla”da aramaya

benzer⁴³¹. O hâlde idarî yargı yerleri, bu tür olayların bizatihi vuku bulmuş olmasını sorumluluğun “kusur” şartının gerçekleşmesi için yeterli saymalı, fiilî ve kesin bir kusur karinesini⁴³² benimsemelidir.

Çalışmanın ikinci bölümünde temellendirildiği üzere illiyet bağı, özü itibariyle belirsiz ve günlük hayata ilişkin sosyal “tercih”lere göre şekillenmeye müsait bir kavramdır. Kitle hareketlerini ve dolayısıyla zararı ortaya çıkaran olumlu ve olumsuz şartların neredeyse tamamı üzerinde idarî faaliyetlerin etkisi varken, sırf somut olayda idareye yabancı kişilerin icraî fiilleri mevcut olduğu için zararlar idare arasında illiyet bağının bulunmadığını söylemek kolaycılık olur. Öyleyse idarî yargı yerleri, bu gibi hâdiselerde “somut ve doğrudan bir sebep-sonuç ilişkisi” aramak yerine zararın güvenlik kamu hizmetiyle bağlantısının kurulabilmesini illiyet bağının varlığı açısından yeterli görmelidir⁴³³.

⁴³¹ İdarenin kitle hareketleriyle ilgili sorumluluğunun yalnızca “son damla”ya bakılarak değerlendirilmesi, toplum vicdanında olumsuz etkiler doğurmakta ve mevcut gerilimleri daha fazla artırmaktadır. Bunun en yakın örneği, daha evvel de bahsedilen Gezi Parkı olaylarında yaşanmıştır. Bu olaylarda her biri idarenin farklı konulardaki birçok faaliyetinden rahatsızlık duyan ve esnafla hiçbir husumeti olmayan (büyük bir kısmı eğitilmiş) on binlerce insan sokaklara dökülmüştür. Ortaya çıkan büyük kargaşa neticesinde, hâliyle başta esnaflar olmak üzere birçok özel hukuk kişisi zarar görmüştür. Gerek idare gerekse zarar görenler, bu zararlarından aslında devletin sorumlu olduğu bilincine erişmediği için esnafların hükümetle yaptığı görüşmeler bir “yardım” talebine dönüşmüş, bu kesimin zararlarının idare tarafından karşılanması bir “lütuf” gibi algılanmıştır. Daha da kötüsü, bu durum, idarenin “kendi yanlarında” olduğunu hisseden esnafların “ihkak-ı hak” güdüsünü ortaya çıkarmış, bu kesimle eylemciler arasında “palalı ve sopalı” kavgalara yol açmıştır. Aşağıda bağlantısı verilecek olan haberlerin / videoların bu gözle tekrar değerlendirilmesi ve “eğer idare kitle hareketlerinden doğan zararlar dolayısıyla kusurlu kabul edilip yargı kararıyla bu zararları tazmin etseydi aynı şeyler yaşanır mıydı” sorusunun sorulması, işaret edilen olgunun anlaşılmasına yardımcı olacaktır: “Hükümet Esnafa Gezi Zararını Sordu”, Radikal, http://www.radikal.com.tr/ekonomi/hukumet_esnafa_gezi_zararini_sordu-1142739 (Erişim: 25.07.2013); “Başbakan Esnafa İftar Yemeğinde Buluştu”, Habertürk (video) <http://tv.haberturk.com/gundem/video/basbakan-esnafa-iftar-yemeginde-bulustu/94361> (Erişim: 25.07.2013); “Palalı Esnaf: Eylemler Yüzünden İşlerimiz Kötüye Gitti”, Zaman, http://www.zaman.com.tr/gundem_palali-esnaf-eylemler-yuzunden-islerimiz-kotuye-gitti_2108435.html (Erişim: 25.07.2013).

⁴³² Özel hukukta fiilî karinelere, yalnızca hâkimin delil değerlendirme serbestisi bulunan konularda kullanabildiği yardımcı bir ispat aracı gözüyle bakılmakta ve temkinle yaklaşmaktadır. (bkz. TAŞPINAR, Sema; “Fiilî Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, AÜHFD, cilt: 45, sayı: 1-4, 1996 [1998], s. 533-572.) Ancak re’sen araştırma ilkesinin hâkim olduğu idarî yargıda idareyi sorumlu tutabilmek bakımından fiilî karineye daha sık başvurmak mümkün olabilir.

⁴³³ İdare hukukunda illiyet bağının “zararın herhangi bir kamu hizmetiyle ilgili olması” şeklinde anlaşılması hakkında bkz. ÖZAY, s. 830; EVREN, s. 269; ÖZYÖRÜK, s. 250 vd.; DÜREN, s. 329. DÜREN ve ÖZYÖRÜK, illiyet bağı konusundaki bu yorumu kusursuz sorumluluk bakımından getirmektedir.

Hem kusur karinesinin benimsendiği, hem de illiyet bağının geniş yorumlandığı bir anlayışın, “sorumluluğun sigortaya dönüşmesi” endişesiyle karşılanması tabiidir. İşte tam bu noktada, sorumluluğun zarar unsuru bakımından bazı ek nitelikler aranarak idarenin her türlü zarardan sorumlu olması engellenebilir. Örneğin yukarıda nakledilen EGO otobüsünün zarar görmesine ilişkin olayda yüksek mahkeme, çalışmanın ikinci bölümünde önerilen “nısbî ağırlık” değerlendirmesini yapmak suretiyle⁴³⁴ tazminat talebinin reddine karar verebilir. Zira EGO için bir otobüsün kullanılamaz hâle gelmesi, EGO’nun sosyal hayattaki varlığını (var olma iradesini) zedeleyecek ölçüde ağır bir zarar değildir. Bununla birlikte aynı olay, tek gelir kaynağı otobüsü olan biri bakımından gerçekleşseydi, bu defa sosyal risk ilkesinin uygulanması ve tazminat talebinin kabul edilmesi mümkün olabilirdi.

Kitle hareketlerinden doğan zararlar hususunda kesin kusur karinesi kabul eden yeni bir sosyal risk yaklaşımının, idarenin bu husustaki sorumluluğunu “kusursuz sorumluluktan farksız” hâle getirmeyeceğini belirtmek gerekir. Her şeyden önce, iki sorumlu tutma tarzının toplum psikolojisi bakımından çok farklı etkileri olacağı açıktır. Zira kusur karinesinde idarenin sübjektif (ahlâkî) bakımdan kınanmasından söz edilebilir, ancak belli bir zarar kategorisinin kusur fikrinden arındırılmasıyla ortaya çıkan kusursuz sorumlulukta meselenin sübjektif yönü tamamen devre dışı kalmaktadır. Ayrıca, kusur şartını elimine eden kusursuz sorumlulukta her türlü zararın tazminini önlemek için illiyet bağının somut ve doğrudan bir surette aranması gerekir⁴³⁵. Sorumluluğun kusur ayağını ortadan kaldırmayan, bilâkis “karine derecesinde” tahkim eden bu yeni yaklaşım ise, kusursuz sorumluluğun tam tersine illiyet bağı unsurunu esnek yorumlayarak genişletmeyi önermektedir.

⁴³⁴ Sosyal risk ilkesine konu olan zararın, toplumsal hayatın doğrudan ve kaçınılmaz sonucu olması yetmez. Ayrıca bu zararın, toplumsal hayatın herkese yüklediği olağan külfetlerin ötesinde, *kişinin toplum içinde var olma iradesini kırarak derecede* ağır bir zarar (dommage grave) olması gerekir. Buna göre zararın ağırlığı, mağdurdan soyutlanarak yalnızca nicelik bakımından tespit edilemez. Örneğin herhangi bir sosyal risk faktörü neticesinde ortaya çıkan on bin liralık bir zarar, yıllık cirosu milyonlarca lirayı bulan bir iş adamı için nısbî anlamda “ağır” bir zarar olarak nitelendirilemez. Bu kişinin uğradığı zararın tazmini için tam yargı davası açması hâlinde idarî yargı yeri, eğer bilinen anlamda idareye bir hizmet kusuru atfedilebiliyorsa tazminata hükmedecek, bu mümkün değilse zararın nısbî anlamda ağır olmamasından ötürü sosyal risk değerlendirmesine girmeyecektir.

⁴³⁵ ÇAĞLAYAN, *Sorumluluk*, s. 175.

Netice olarak, kitle hareketlerinden doğan zararların karşılanması hususunda genel bir kanun bulunmaması ve hâkim sorumluluk anlayışının darlığı, bu konuda birbiriyle çelişen birçok kararın verilmesine sebep olmaktadır. Hukukî güvenlik ve belirlilik ilkesi açısından sakınca arz eden bu problem, ya Fransa'dakine benzer bir kanun çıkarmak yahut sosyal risk hâllerini "kesin kusur karinesi" kabul eden, illiyet bağıını geniş yorumlayan, bununla birlikte zarar unsuru bakımından ek nitelikler arayan yeni bir sorumluluk anlayışı geliştirmek suretiyle çözülebilir. İkinci çözüm yolu, hâlihazırda Fransız doktrinin de tartıştığı "risklerin sosyalizasyonu" meselesini kökten hâllederek Türk idarî yargısının bir başarısına dönüşme potansiyeline sahiptir.

III. TERÖR OLAYLARI

Latince "tir tir titremek" mânâsındaki *terrēre* fiilinden köken alarak Fransızca vasıtasıyla Türkçeye geçen terör (*terreur*) ve terörizm (*terrorisme*) kelimeleri, ıstılahî anlamıyla ilk kez Antik Yunan düşünürü tarihçi Xenophon tarafından, savaş dönemlerinde düşmanın sindirilmesine yönelik psikolojik savaş yöntemlerinden birini tarif etmek için kullanılmıştır⁴³⁶. Ortaya çıktığı ilk andan günümüze kadar gerek Doğu, gerekse Batı uygarlıklarında gözlenen terör olgusu, Fransız ve Rus İhtilâli gibi hareketlerde dahî toplumun çoğunluğunu yıldırma ve baskı altına almak suretiyle siyasal amaçların gerçekleştirilmesi için başvurulan bir metot olmuştur⁴³⁷.

Konuya ilişkin çalışmalarıyla tanınan Paul Wilkinson, terörizmi "*bir takım siyasi taleplerin karşılanmasını sağlamak amacıyla; bireyleri, grupları, toplumu ya da hükümetleri yıldırma için, cinayet ya da imha hareketlerinin sistematik olarak uygulanması ya da bu amaçla tehdit oluşturulması*" olarak

⁴³⁶ ATAMAN, Hakan; "Bomba Felsefesinin Dönüşü", Radikal, (15 Ocak 2006), http://www.radikal.com.tr/radikal2/bomba_felsefesinin_donusu-873388 (Erişim: 27.07.2013).

⁴³⁷ Terör kavramının Dünya'da ve Türkiye'deki tarihî seyri ve kavramsal boyutu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. KESKİN, Aybek; *Türkiye'de Terör Sorunu ve Sosyal Politika Stratejileri Açısından Çözümleri*, (Yüksek Lisans Tezi), Sakarya 2007.

tanımlamaktadır⁴³⁸. Muhtelif sahalardaki yazarlar tarafından tarif edilmeye çalışılsa da⁴³⁹ terör ve terörizm kavramlarının milletlerarası camiada kabul gören, içeriği ve sınırları berrak ve hukukî bir tanıma kavuştuğunu söylemek çok zordur⁴⁴⁰. Yalnızca Türk hukuku bakımından geçerli olsa da, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun ilk maddesi, terörün çerçevesini şu şekilde çizmektedir:

“Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.”

Terör eylemleri, doğrudan toplumu hedef almaları bakımından bireylerin sosyal hayatta kaçınmaları mümkün olmayan oldukça ağır ve yaygın zararlara sebebiyet vermektedir. İdareye yabancı kişilerin icraî fiilleri sonucunda ortaya çıkan ve devletin temel amaç ve görevleri çerçevesinde önlenmesi beklenen bu zararlar, söz konusu nitelikleri itibarıyla sosyal risk

⁴³⁸ WILKINSON, Paul; **Terrorism and the Liberal State**, Londra 1977, s. 49’dan aktaran: YALÇINER, Serhan; “Soğuk Savaş Sonrası Uluslararası Terörizmin Dönüşümü ve Terörizmle Mücadele”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, yıl: 2, sayı: 4, (Güz 2006), s. 100. (98-119).

⁴³⁹ Alex Schmid ve Jongman, literatürde 109 farklı terörizm tanımı yapıldığını belirtmektedir. Buna rağmen terörizmin tanımı, hâlâ üzerinde çalışılan ciddi bir problemdir. SUAREZ, Marcial Garcia; **Twenty-first Century Terrorism: The Definitional Problem of Complex Political Environments**, (Harvard University Final Paper), January 2008, s. 2, http://belfercenter.hks.harvard.edu/files/Suarez_FINAL.pdf (Erişim: 27.07.2013).

⁴⁴⁰ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 09.12.1985 tarihli ve 40/61 sayılı kararında, “*masum insanların hayatına son veren, temel hak ve özgürlükleri tehlikeye atan, kişinin şeref ve haysiyetini ciddi bir şekilde ihlal eden eylemler*” şeklinde genel bir tanım yapmaktadır. [Kararın tam metni için bkz. http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/40/61&Lang=E&Area=RESOLUTION – Erişim: 29.07.2013].

Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme’nin 2/1-b hükmünde ise, “*niteliği veya kapsamı itibarıyla, bir halkı korkutmak, ya da bir hükümeti veya uluslararası örgütü herhangi bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmekten kaçınmaya zorlamak amacını gütmesi halinde, bir sivilin ya da bir silahlı çatışma durumunda muhasamata doğrudan katılmayan herhangi başka bir kişiyi öldürmeye veya ağır şekilde yaralamaya yönelik diğer tüm eylemler*” terörizm kapsamında görülmektedir. Bu sözleşmenin uygulanması kapsamında çıkarılan 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun’un 3. maddesinde de benzer bir çerçeve çizilmektedir. Buna rağmen söz konusu tanımlar uluslararası çapta etkin uygulanma kabiliyetini hâiz değildir. [Sözleşme’nin tam metni için bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/eng/suggam/sozlesmeler/B%C4%B0RLE%C5%9EM%C4%B0%C5%9E%20M%C4%B0LLETTER/226-%20Ter%C3%B6rizm%20Finansman%C4%B1n%C4%B1n%20%C3%96nlenmesi%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesi.pdf> – Erişim: 29.07.2013].

ilkesinin ilgi alanına girmektedir. Çalışmanın bu kısmında terör olaylarından doğan zararların Fransız ve Türk hukukunda nasıl tazmin edildiği ve bu hususta sosyal risk ilkesinin ne gibi bir rol oynadığı ele alınacaktır.

A. FRANSIZ HUKUKUNDA DURUM

Fransız uygulamasında terör, gerçekleşme ihtimalinin ve uğranılacak zararın büyüklüğünün önceden analiz edilememesinden dolayı “aşırı uç” bir risk türü olarak kabul edilmektedir. Özel sigortacıların mağdurları tamamen tatmin etmesini imkânsız kılan özelliği, Fransa’da terör zararlarının “risklerin sosyalizasyonu” kapsamında görülerek devlet tarafından garanti edilmesini temellendirmiştir⁴⁴¹.

Terör zararlarının karşılanması konusu Fransa’da pek çok hususta yenilik getiren 9 Eylül 1986 tarihli Kanunla düzenlenmiştir⁴⁴². Paris merkezli terör eylemleriyle ilgili ayrı bir cezaî prosedür öngören Kanun, ortaya çıkan bedensel ve manevî zararların özel hukuk çerçevesinde tazminini sağlayan bir mekanizma kurmaktadır. Kanun, mağdurlar için mal sigortası sözleşmelerinden alınan miktarla temin edilecek bir garanti fonu teşkil eder. Kamu ve özel kuruluşlarından ve sosyal kuruluşlardan gelen destekle birlikte bu fon, milliyetleri ne olursa olsun Fransa’da gerçekleşen terör eylemlerinin mağdurlarının ve yurtdışında meydana gelmiş terör eylemlerinde mağdur olmuş Fransız vatandaşlarının bedensel zararlarının tümünü⁴⁴³ tazmin eder. Terör eylemi sonucu hayatını kaybeden kişilerin varislerinin uğradığı ekonomik ve manevî zararlar da Kanun kapsamındadır⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ Fransız Ceza Kanunu’nun 421-1 hükmü terör kavramını tanımlamaya çalışsa da hangi eylemin terör kapsamında olduğu somut olaylara bağlı olarak başsavcı (*le ministère public*) tarafından belirlenir. Fransız adlî içtihatlarına göre bir eylemin terör eylemi olarak görülmesi için eylem kamu düzenini bozma amacı taşımalı, organize bir şekilde yapılmalı ve siyasî / ideolojik bir hedefe yönelmelidir. POCHARD, s. 349.

⁴⁴² Kanunun içeriğine ilişkin bilgiler bakımından POCHARD, s. 349-351’den geniş ölçüde yararlanılmıştır.

⁴⁴³ Tazmin edilen kişiye ait (bedensel) zararlar klâsik zararlardır (bakım masrafları, yetersizlik, ıstırap, üçüncü bir kişinin yardımı gibi). Tüm bunlara saldırıdan sonra devam eden psikolojik etkileri niteleyen “travma sonrası sendromu” da eklenir. Bu zararın tazmini, daimi yetersizlik adı altında verilen tazminatın % 40’ı olacak şekilde sabit bir şekilde belirlenir.

⁴⁴⁴ Söz konusu fon, terörizm dışında; saldırı, darp, kasıtlı yaralama, tecavüz veya cinsel saldırı, hırsızlık, dolandırıcılık, güven istismarı ve fonun gasp edilmesi gibi bir dizi zararı daha

Kanuna göre tazminat talebi, terör eyleminin gerçekleştiği tarihten itibaren on yıl içerisinde doğrudan garanti fonuna yöneltilir. Garanti fonu, talebi aldıktan sonra en geç bir ay içinde ilk masrafların ödenmesini sağlamak için mağdura ilk ödemeyi yapar. Mağdur, uğradığı zararın kanıtlarını sunduktan en geç üç ay sonra ise yazılı olarak nihai tazmin teklifinde bulunur. Kanun, teklife cevap vermek (kabul, müzakere veya ret) bakımından mağduru bir mühlete tabi tutmamaktadır. Mağdur ve fon arasında uzlaşmaya dayanan bu sistemden doğan uyuşmazlıklar ise adli yargıda görülür. Kişisel zararlar dışındaki maddî zararlarla ilgili olarak Kanun, zararın karşılanmasını sigortacıların sorumluluğuna bağlamakta ve sigortacıların mal sigortası sözleşmelerinde terör riskini kapsam dışı bırakamayacağına dair bir yükümlülük getirmektedir⁴⁴⁵. Ayrıca Fransa’da terör mağdurları, 1990’dan bu yana savaş mağdurlarına engellilik sebebiyle verilen askerî emeklilik maaşından da yararlanmaktadır.

Sosyal dayanışma, yardımlaşma ve sorumluluk anlayışına dayanan Fransız sisteminde terör riskleri, sigortacılar, Merkezî Sigorta Sandığı (CCR) ve belli bir eşikten sonra sınırsız garantisini sunan Devlet arasında paylaşılmaktadır. Bu sistem, yüz binlerce Euro’luk zararların dahi karşılanmasını sağlamaktadır⁴⁴⁶.

kapsamaktadır. Kanunun kapsamındaki bu genişleme eğilimi, aslında ülke tarihinde meydana gelen bütün zararlarda devletin (toplumun) da sorumluluğu bulunduğu anlayışının ortaya çıktığını göstermektedir.

⁴⁴⁵ Özellikle 11 Eylül 2001 saldırıları esnasında garanti edilecek riskin olağanüstü büyüklüğü, bu noktada uygulama güçlüklerine neden olmuştur. Nitekim bu olaydan sonra Merkezi Sigorta Sandığı (CCR)’nın, havacılık sektörünün 50 milyon doların üstündeki risklerini garanti altına almasına karar verilmiştir. Sigorta şirketlerinin bilançosunda terör risklerinin kapsanmasını sağlayan hükümlerin oluşturulmasını kolaylaştırmak için mali hükümler kabul edilmiştir. Terör riskinin mutualizasyonu, bir ekonomik çıkar grubu şeklinde Terör Saldırıları Sigortacıları Grubu (GAREAT) adı altında, yalnızca maddî zararlarla ilgilenen ve üyelerden alınan primle finanse edilen bir havuzun oluşturulması suretiyle araştırılmaktadır. Bu grup havuzun üyelerinden alınan primle finanse edilir. Görüldüğü gibi dayanışma, yardımlaşma ve sorumluluk anlayışına dayanan Fransız sisteminde terör riskleri, sigortacılar, CCR ve belli bir eşikten sonra sınırsız garantisini sunan Devlet arasında paylaşılmaktadır.

⁴⁴⁶ Fonun oluşturulmasından bu yana terör mağdurlarının bedensel zararlarıyla ilgili açılmış olan dosyaların sayısı (31 Aralık 2007 itibarıyla) ortalama 26.000 Euro’luk bir maliyetle 3440’a yükselmiştir. Bu bağlamda örneğin eşin çalışmadığı bir ailede babanın ölmesi durumunda vârisler, “ekonomik zarar” adı altında 300.000 Euro’yu aşan miktarda yüklü tazminatlar alabilmektedirler.

Fransa’da terör eylemlerinden doğan zararlar, 9 Eylül 1986 tarihli Kanunun öngördüğü sistem dâhilinde karşılandığı ve ilgili uyuşmazlıklar adlı yargının görev alanına sokulduğu için, idarenin bu zararlardan dolayı kamu hukuku anlamında bir sorumluluğu söz konusu olmamaktadır⁴⁴⁷. Hatta Conseil d’Etat, güvenlik konusunda gerçekleşen zararlardan sorumluluk doğabilmesi için “basit kusur”u dahî yeterli görmemekte ve idarenin somut olayda “ağır kusur”lu olmasını aramaktadır⁴⁴⁸. GÖZLER, bu konuda basit kusurun yeterli görülmesinin ülke sathında işlenen bütün suçlardan idarenin sorumluluğunu doğuracağını ve böyle bir durumun Kıt’a Avrupası hukuk kültüründe kabul edilmesinin mümkün olmadığını ileri sürerek Conseil d’Etat’nın içtihadını yerinde bulmaktadır⁴⁴⁹. Kanaatimizce bu yaklaşım, Kıt’a Avrupası hukuk kültürüne ne kadar uygun olursa olsun, görece önemsiz birçok alanda idarenin sorumluluğu için yeterli görülen “basit kusur”un, idarenin en başta gelen görevi olan can ve mal güvenliğinin sağlanması konusunda neden yeterli görülmediğini açıklamakta yetersiz kalmaktadır.

B. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Türk uygulamasında terör eylemlerinden doğan zararların karşılanması konusu, Türkiye’de yaşanan gelişmeler, yargı kararlarındaki dönüşüm ve kanunî düzenlemeler referans alınarak üç ayrı dönem hâlinde incelenmelidir. Kısaca “1990 öncesi”, “1990-2004 arası” ve “2004 sonrası” olarak adlandırılabilir olan bu üç dönemden ilk ikisi, AYİM’in kendine has yaklaşımıyla birlikte mevcut başlık altında incelenecektir. 5233 sayılı Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun’un yürürlüğe girdiği son dönem, kanunun öngördüğü sistemin ve doğurduğu sorunların

⁴⁴⁷ Fransa ‘da terör eylemlerinden doğan zararlar, bir önceki başlıkta bahsedilen kitle hareketlerine ilişkin 7 Ocak 1983 tarihli Kanunun kapsamına da girmemektedir. [bkz. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 24 Haziran 1985 tarihli *Prefet du Val-et-Mame* kararı, RDCE, 1985, s. 537, aktaran CHAPUS, cilt: I, s. 1333].

⁴⁴⁸ Türkiye’nin Paris Büyükelçisi İsmail Erez ve şoförünün ASALA terör örgütü tarafından silahlı bir saldırıyla şehit edilmesi olayına ilişkin olarak açılan davada Conseil d’Etat, davacıların polisin yeterli güvenlik tedbiri almadığı yönündeki iddialarına rağmen Erez’in yakın koruma talebinde bulunmadığını, dolayısıyla olayda “ağır kusur”dan bahsedilemeyeceğini gerekçe göstermek suretiyle idarenin sorumsuzluğuna hükmetmiştir. [CE., 29 Avril 1987, *Consorts Yener et Consorts Erez*, RDCE, 1987, s. 155’ten aktaran: GÖZLER, *İdare*, cilt: II, s. 1124.]

⁴⁴⁹ GÖZLER, *İdare*, cilt: II, s. 1124 vd.

daha ayrıntılı açıklanmasını gerektirdiği için müstakil bir üst başlık olarak ayrıca ele alınacaktır.

1. 1990 Öncesi Dönem

Türkiye’de terörist faaliyetlerin ve buna bağlı olarak ortaya çıkan zararların çok yaygın olmadığı 1990 öncesi dönemde Danıştay, idarenin sorumluluğu konusunda yerleşik anlayışa paralel olarak yalnızca hizmet kusuru değerlendirmesi yapmakta ve çoğunlukla idarenin sorumsuzluğuna karar vermektedir. Yüksek mahkeme bu yöndeki kararlarını gerekçelendirirken, idarenin bilgisi dışında gerçekleşen eylemler sebebi ile sorumlu tutulamayacağını, toplumdaki bireylerin tek tek denetlenmesinin imkânsız olduğunu ve idarenin haberdar olmadığı eylemlere karşı tedbir alamayacağını vurgulamaktaydı⁴⁵⁰. Danıştay’ın bu dönemdeki içtihadına örnek teşkil eden 1982 tarihli bir karar, içeriğinde sosyal risk ilkesine de değinilmiş olması itibarıyla dikkate değerdir.

“...Dava; davacının hazineden kiraladığı dalyanın kimliği bilinmeyen kişilerce tahrip edilmesi sonucu meydana gelen maddi zararın tazmini istemiyle açılmıştır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi dolayısıyla idarenin, tazminat ödemekle yükümlü tutulabilmesi için ortada bir idarî eylemin bulunması, bu eylemden zarar meydana gelmesi, bu idarî eylem ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Zarar doğuran eylemin idareye bağlanabilmesinden sonra doğan zararın kusurlu veya kusursuz sorumluluk ilkelerine göre tazmini cihetine gidilmesi söz konusu olabilir. Bakılan davada, zarar doğrudan doğruya bir idarî ajanın fiilinden doğmamıştır. Zararın, idarenin Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile ve diğer yasalarla kendisine verilen emniyet ve asayiş sağlama görevini gereği gibi yerine getirmemesinden ve zamanında gerekli önlemleri almamasından doğduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bir kamu hizmeti olan kolluk görevinin, zarar doğurması kuvvetle muhtemel olaylardan idare önceden haberdar edilmediği veya bu gibi eylemlerin olabileceğine ilişkin ortada ciddi belirtiler bulunmadığı sürece genel nitelikteki önlemlerle yürütülmesi doğaldır. Davacının hazineden kiraladığı dalyanın hasar görmesi, idarenin önceden haberdar olduğu veya olması gerektiği bir toplu olay sırasında değil, idarenin önceden haber alması kural olarak mümkün olmayan münferit bir olay şeklinde meydana gelmiştir. Bu itibarla, olayın oluş biçimine göre, zararın davalı idarenin gerekli önlemleri almamasından meydana geldiği kabul edilemeyeceğinden, zararın idarenin olumlu ve olumsuz eyleminden doğduğu söylenemez. Olayda idarenin genel nitelikte önlemlerle yetinmiş bulunması da idarenin zararı tazminle yükümlü tutulmasını gerektirmez. Davacının uğradığı zararın sosyal hasar kuramına göre tazmini gerekip gerekmeyeceğine gelince; Fransa ve

⁴⁵⁰ “Toplumdaki tüm bireylerin davranışlarının idarece denetlenmesine olanak bulunmadığı gibi, kişilerin suç niteliğinde hareketlerinden dolayı önceden bir ihbar veya olası bir durumdan haberdar edilmeme suretiyle idarenin bilgisi dışında meydana gelen zararlardan idarenin sorumlu tutulmayacağı...” D.12.D., 21.06.1979, E. 77/3205, K. 79/2742 , DD, yıl:10, sayı: 36-37, s. 607.

*Almanya'da genel nitelikteki yasal düzenlemelerle uygulamada bu kurama yer verilmiştir. Ülkemizde ise belli sosyal olaylardan doğan zararların tazmininde yasa koyucu bu yola gitmiş; genel bir düzenleme yapılmamıştır. Doktrinde benimsenen görüşe göre, bir zararın sosyal hasar kuramına göre tazmin edilebilmesi için, bu zararın toplumsal bir ayaklanma, kargaşa veya harp nedeniyle meydana gelmiş bulunması, zarar doğuran olayı önlemek idarenin görevlerinden olmasına karşın idarenin kusuru olmaksızın bunu önleyememiş bulunması veya daha büyük zararlara sebebiyet vermemek için önlemekten bilerek kaçınması gerekir. Davacının hazineden kiraladığı dalyanın tahrip edilmesine ilişkin olayda yukarıda belirtilen koşulların gerçekleşmemesi karşısında davalı idarenin sosyal hasar kuramına göre tazminatla yükümlü tutulmasına da olanak bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, doğan maddi zarar ile kolluk hizmeti arasında nedensellik bağı bulunmadığından, ayrıca olayın niteliği sosyal hasar kuramının uygulamasına da elverişli görülmediğinden tazminata ilişkin davanın reddine karar verildi...*⁴⁵¹

Yüksek mahkemenin yukarıda aktarılan tespitleri, kendi içinde tutarlıdır. Gerçekten de (yukarıda önerildiği tarzda içtihadî bir ilke olarak yeniden inşa edilmedikçe) Fransa'daki hâliyle sosyal risk ilkesi, yargı yerlerinin değil, yasama organının kullanabileceği bir dayanaktır. Danıştay bu sebeple sosyal risk ilkesini içtihadî bir sorumluluk esası olarak görmemiş, olayda hizmet kusuru değerlendirmesine gitmiştir.

2. 1990-2004 Arası Dönem

Türkiye için 90'lı yıllar, terörist eylemlerin zirveye çıktığı, olağanüstü derecede maddî ve manevî zararların gerçekleştiği bir zaman dilimine işaret etmektedir. Bu dönemde Danıştay, mağdurları korumasız bırakmama düşüncesiyle içtihadını değiştirerek, daha önceki kararlarında hiç tatbik

⁴⁵¹ Karara yazılan karşı oyda, Danıştay'ın 1990 sonrası gelişecek içtihadının tâbiri câizse "ayak seslerini" duymak mümkündür: "Ülkemizde, anarşik ya da terörist olaylar denilen eylemlerin Devlete yönelik bulunduğu, Devletin anayasal düzenini yıkmaya amaçladığı Devletin en yetkili kişi ve kurumlarınca açıklanmaktadır. Gerçekten bu tür olayların zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmekte ve gözlenmektedir. O halde zarara uğrayan gerçek ve tüzel kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu zarara uğramamakta toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşalıktan zarar görmektedirler. Kısaca zararın nedeni toplumun bireyi olmaktır. Bu zararların oluşumuna idarenin bir eyleminin neden olmadığı, idarenin bir kusurundan da söz edilemeyeceği ileri sürülebilir ise de idarenin sorumluluğu günümüzde yalnız kusur ilkesine ve sınırlı koşulları olan objektif sorumluluk ilkesine dayanmamakta, bilimsel ve yargısal içtihatlarda "toplumsal risk" diye adlandırılan bir ilkeye dayandırılmaktadır. Bu ilke nazara alındığında idare kendi eyleminden doğmayan fakat önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği üçüncü kişilerin eylemi sonucu ortaya çıkan zararları da gidermekle yükümlüdür. İdarenin bu sorumluluktan kurtulabilmesi zarar görenin kusurlu olması ya da zarar varsa olayın özel ve olağan dışı karakter taşıması halinde mümkündür.

Esasen toplum bireylerinin toplum düzenine yönelik terör olaylarından doğan zararlarının topluma pay edilmesi, düzeni korumada herkesin katkısının bulunması ve toplumsal dayanışmayı gerçekleştirci hakça bir tutum olur. Bu durum Anayasanın 2.maddesinde yer alan "Sosyal Devlet" ilkesine de uygun düşer." D.10.D., 12.04.1982, E. 82/777, K. 82/2952, Erişim: www.kararara.com (12.05.2013). Aynı yönde daha erken tarihli bir karar için bkz. D.12.D., 10.02.1981, E. 79/1567, K. 81/203, DD, sayı: 44- 45, s. 534.

etmediği yeni bir ilke olan “sosyal risk”e dayanmak suretiyle terör zararlarından dolayı idareyi sorumlu tutmaya başlamıştır. Yüksek mahkeme, illiyet bağının aranmadığı istisnaî bir sorumluluk ilkesi olarak kurguladığı sosyal risk ilkesini, kimi kararlarında kusursuz sorumluluğun özel bir türü, kimi kararlarında ise müstakil bir sorumluluk esası olarak görmüştür⁴⁵². Bu dönemin ilk yıllarında verilen kararlardan biri şu şekildedir:

“Dava, Gaziantep İli Araban İlçesi Merkez Bucağına bağlı ... köyü muhtarıyken 8.6.1990 tarihinde köyü basan yasadışı örgüt elemanlarınca evinden çağrılarak öldürülen ...’nın ölümünden dolayı eşi ve iki çocuğunun uğradığı öne sürülen toplam 115.000.000 lira maddi, 20.000.000 lira manevi zararın davalı idarece tazminin ödenmesi istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince, önceden ihbar, şikâyet veya başvuru bulunmadan idarenin genel önlemleri almasının yeterli olup, ayrıca devamlı ve özel önlemler alınmasının beklenemeyeceği, bu yönleriyle olayda idarenin hizmet kusurunun görülmediği gibi koşulları gerçekleşmediğinden sosyal risk ilkesi gereği de idarenin tazmin yükümlülüğünden söz edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradığı özel ve olağandışı zararların idarece tazmini gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindendir. İdarenin belirtilen hukuki sorumluluğu, Türkiye Cumhuriyetinin hukuk devleti olma niteliğinin doğal sonucudur. İdarenin hukuki sorumluluğu sadece kusur esasına, hizmet kusuru teorisine dayanmamakta; idare, kusur koşulu aranmadan da sorumlu sayılabilmektedir. Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. Ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin, faaliyet alanıyla ilgili önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da nedensellik bağı aranmadan tazmin etmesi gerekmektedir. Kolektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir.

Ülkemizin belli bir yöresinde yoğunlaşan terörist olaylar denilen eylemlerin Devlete yönelik olduğu, Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçladığı, bu tür olayların zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmekte ve gözlenmektedir. Sözü edilen eylemler nedeniyle zarara uğrayan, terörist eylemlere herhangi bir şekilde katılmamış olan kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşadan zarar görmektedirler, kısaca zararların nedeni toplumun bireyi olmaktadır. Belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların özel ve olağan dışı nitelikleri dikkate alınıp nedensellik bağı aranmadan, terörist olayları önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekir. Esasen terörist olaylar sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini böylece topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olduğu gibi, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir.

Olayda ölümü herhangi bir kişisel husumete dayanmayan kendi kusuru da bulunmayan davacılar murisinin devlete ve ülkenin bütünlüğüne yönelik yaygın terörist faaliyetlerin bir sonucu olarak salt köy muhtarı ve toplumun bir bireyi olduğu için öldürüldüğü anlaşılmaktadır. Bu itibarla uyuşmazlık konusu olayda idarenin bir hizmet kusurunun bulunmadığı saptansa bile, olağanüstü hallerin yürürlükte olduğu bir zaman ve yerde ortaya çıkan olağandışı zararların sosyal risk ilkesi gereği idarece tazmini gerekmekte olup, açılan tazminat davasını idarenin hizmet kusuru

⁴⁵² AKPINAR, Mahmut / YEŞİLBAŞ, Mehmet; “Sosyal Risk İlkesi Bağlamında Devletin Objektif Sorumluluğu ve 5233 Sayılı Kanunun Pratiği”, **E-Akademi**, sayı: 115, Eylül 2011, s. 14.

bulunmadığı, sosyal risk ilkesi koşullarının da gerçekleşmediği gerekçesiyle reddeden mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemektedir.”⁴⁵³

Danıştay’ın 1990-2004 yılları arasındaki içtihadı, mağdurları koruma amacı bakımından takdir edilebilirse de, hukukî ve mantıkî açıdan oldukça tutarsız tespitler içermektedir. Her şeyden önce yüksek mahkeme bu ve benzeri kararlarında, sosyal risk ilkesinden Fransa’da ve Türkiye’de genel kabul gören ve tatbik edilen yargısal bir sorumluluk esasıymış gibi bahsetmektedir. Hâlbuki çalışmanın önceki kısımlarında defaatle görüldüğü üzere “sosyal risk”, Fransız hukukunda risklerin sosyalleştirilmesi kapsamında yalnızca kitle hareketleri için kullanılan ve yargısal içtihatlarla değil, yasal düzenlemelere gerekçe teşkil eden bir kavramdır. Türk hukukunda ise Danıştay’ın bu dönemdeki içtihadına kadar “sosyal risk ilkesi”ne dayanılarak verilmiş bir tane karar yoktur. Bu durumu en iyi bilmesi gereken Danıştay, sosyal risk ilkesini “bilimsel ve yargısal içtihatlarla kabul edilen bir ilke” şeklinde niteleyerek hatalı bir tespitte bulunmuştur⁴⁵⁴. Elbette Türk idarî yargı yerleri, Fransız uygulamasını referans almak zorunda değildir. Çalışmanın muhtelif kısımlarında önerildiği üzere Danıştay, idarenin sorumluluğu konusunda kendine has yeni bir sorumluluk ilkesi ortaya koyabilir (hatta koymalıdır). Bu yeni ilkenin adı “sosyal risk ilkesi” de olabilir. Ne var ki Danıştay, 1990-2004 arasında “iyi düşünülmüş” ve teorik açıdan temellendirilmiş yeni bir sorumluluk ilkesi geliştiremediği gibi Fransa’daki durumu da yanlış anlamış / yansıtmıştır.

Danıştay’ın bu dönemdeki kararlarında yaptığı ikinci hatalı tespit, illiyet bağına ilişkindir. Yüksek mahkeme, önüne gelen olaylardaki zararlar idare

⁴⁵³ D.10.D., 13.10.1993, E. 92/3372, K. 93/3777, www.kararara.com (Erişim: 14.05.2013). Bu karardaki formülasyon, Danıştay’ın sosyal risk ilkesi uyarınca idarenin sorumluluğuna hükmettiği bütün kararlarında neredeyse kalıp hâlinde kullanılmıştır. Dönemde verilen benzer kararlar için bkz. D.10.D., 04.10.1995, E. 94/1514, K. 95/ 4115; D.10.D., 08.10.1996, E. 95/2388, K. 96/5893; D.10.D., 04.10.1996, E. 95/1102, K. 96/5774; D.10.D., 25.12.1997, E. 96/9012, K. 97/6164 (www.kararara.com Erişim: 14.05.2013); D.10.D., 11.10.2000, E. 99/2162, K. 2000/5120 (aktaran KÖKSAL, Yasal Düzenlemeler, s. 369); D.10.D., 13.11.1996, E. 95/7115, K. 96/7523; D.10.D., 28.11.1996, E. 95/6915, K. 96/7955; D.10.D., 28.05.1998, E. 96/1046, K. 98/2344; D.10.D., 06.06.2001, E. 99/2583, K. 2001/2110; D.10.D., 06.06.2001, E. 99/1609, K. 2001/2126 (aktaran KÖKSAL, Mustafa; “Sosyal Risk İlkesi Tarih mi Oluyor?”, **Terazi**, yıl: 5, sayı: 42, s. 96-97); D.10.D., 09.10.1995, E. 94/1682, K. 95/4256; D.10.D., 16.11.1995, E. 95/566, K. 95/5746, (DD, sayı: 91, s. 1135 – 1137); D.10.D., 28.12.1998, E. 96/1146, K. 98/2344, (DD, sayı: 98, s. 573).

⁴⁵⁴ GÖZLER, **İdare**, cilt: II, s. 1134.

arasında illiyet bağı kurulamayacağını “peşin peşin” kabul ederek “illiyet bağı aranmayan istisnâ bir sorumluluk türü”nden bahsetmektedir. Danıştay’ın bu tespiti, âmiyâne tabirle “bindiği dalı kesmek”ten başka bir şey değildir. Zira gerek yürürlükteki mevzuat, gerekse sorumluluk hukukunun temel mantığı, zararlar sorumlu tutulacak şahıs arasında bir illiyet bağının varlığını gerektirmektedir⁴⁵⁵. Bu bakımdan, illiyet bağı “aramadan” Danıştay’ın herhangi bir tam yargı davasına bakması dahi mümkün değildir. O hâlde yüksek mahkeme, terör mağdurlarını korumak istiyorsa illiyet bağına “aramama” değil, bilâkis bu kavramın temeline inerek onu “genişletme” yoluna gitmeliydi⁴⁵⁶.

Sosyal risk ilkesini “illiyet bağı aranmayan” bir sorumluluk türü olarak kabul eden Danıştay, bu ilkeyi kusursuz sorumluluk içerisinde mütalâa ederek başka bir yanılgıya kapı açmıştır. Bilindiği üzere kusursuz sorumlulukta sorumluluğun kusur unsuruyla ilgili bir değerlendirme yapılmaz. Bu durum, kusursuz sorumlulukta illiyet bağının daha da önem kazanması anlamına gelir. Hâl böyle iken, Danıştay’ın hem illiyet bağına “aramaması”, hem de “kusursuz sorumluluk”tan bahsetmesi, bu dönemdeki içtihadını iyiden iyiye dayanaksız bırakmakta ve “sorumluluk” kavramından çok keyfî ve kamusal bir sigortaya yaklaştırmaktadır⁴⁵⁷. Yüksek mahkeme, böyle sorunlu bir içtihadta bulunmak yerine terör eylemlerinin varlığını idarî kusur bakımından bir “karine” olarak kabul edip, zarar unsurunda bazı ek nitelikler aramak suretiyle daha ayakları yere basan bir yaklaşım geliştirebilirdi⁴⁵⁸.

3. AYİM’in Yaklaşımı

AYİM, 1976 tarihli bir kararında sosyal risk ilkesine değinmekte ve şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

⁴⁵⁵ AKYILMAZ, s. 184.

⁴⁵⁶ “Özellikle terör eylemlerinden doğan zararlar da nedensellik bağı konusunda farklı yaklaşımlara ihtiyaç olduğu muhakkaktır.” AKYILMAZ, s. 188.

⁴⁵⁷ AZRAK, s. 138; ÇOBAN, s. 328.

⁴⁵⁸ Zarar unsurunda ek niteliklerin aranmaması her tür münferit olayda idarenin sorumluluğuna hükmedilmesine yol açmakta, bu da başka bir yönden hakkaniyet duygusunu zedelemektedir. Örneğin bir kararda Danıştay, İstanbul’da gerçekleşen bombalı bir saldırı sebebiyle müteahhit firmanın bütün zararlarının karşılanmasına hükmetmiştir. (Karar metni için bkz. D.10.D., 09.10.1995, E. 94/1682, K. 95/4256, DD, sayı: 91, s. 1137-1140.)

“(...) Sosyal hasar ilkesine göre idarenin sorumlu tutulabilmesi için, bir hizmet görülürken meydana gelen zararın, nedeninin ve failinin bilinmemesi gerekir. Bu suretle, hizmet esnasında meydana gelen zararın, hizmetin sahibi idareye ve dolayısıyla bu hizmetten genel olarak faydalanan topluma yansıtılması ile, olayda kusuru olmayan şahsın zararı karşılanmış olur (...)”⁴⁵⁹

Görüldüğü üzere AYİM, bu kararında sosyal risk (hasar) ilkesine oldukça yüzeysel bir biçimde temas etmiş ve tıpkı Danıştay gibi temeli sağlam ve kapsamlı bir değerlendirme yapamamıştır. Zira zararın nedeninin bilinmemesinin sosyal risk ilkesiyle herhangi bir ilgisi yoktur. Bilâkis sosyal risk ilkesi, nedeni kitle hareketleri, terör ve doğal âfetler olan belirli zarar türleri bakımından gündeme gelmektedir.

1980’lerin sonundan itibaren yoğunlaşan terör eylemleri neticesinde ortaya çıkan zararlar, AYİM’in de konuyla ilgili birçok karar vermesine sebep olmuştur. Silâhlı kuvvetler mensuplarının uğradığı zararlara ilişkin bu kararların bir kısmında yüksek mahkeme, zararlar idarenin yürüttüğü hizmet arasında illiyet bağı olduğunu ifade etmekte ve kusursuz sorumluluğa hükmetmektedir⁴⁶⁰.

*“İdare, Güneydoğu’da ve Doğu Anadolu’da güvenliği sağlamak amacıyla kamu hizmetini yoğun şekilde ifa etmeye çalışmakta ve bu hizmeti ajanları vasıtasıyla yerine getirmektedir. İdarenin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmadığından mücbir sebep olarak kabul edilemez. Bu faaliyetler sırasında kamu hizmetini ifa ederken idare ajanının zarara uğraması ile hizmet arasında nedensellik bağının bulunduğu açıktır. Zararın meydana gelmesinde idarenin bir kusuru bulunmadığından, davacıların zararın doktrin ve mahkeme kararlarıyla gelişen **kusursuz sorumluluk ilkesine göre** davalı idarece karşılanması gerektiği kurulumuzca kabul görmüştür.”⁴⁶¹*

“Tunceli şehir merkezinde bayrak töreni yapıldığı sırada askeri bandoya bölücü terör örgütü mensubunca yapılan bombalı intihar saldırısı sonucu vefat eden astsubayın yakınlarının uğradığı zararın, kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince karşılanması gerekir.”⁴⁶²

Yukarıdaki karar ve aynı yöndeki birçok kararında AYİM, herhangi bir ilkeye değinmeden yalnızca kusursuz sorumluluğa dayanmakla iktifa

⁴⁵⁹ AYİM 3. D., 14.12.1976, E. 76/1808, K. 76/7516, aktaran: ÖZGÜLDÜR, s. 241.

⁴⁶⁰ AKYILMAZ, s. 191.

⁴⁶¹ AYİM 2. D., 11.10.2000, E. 2000/634, K. 2000/603, AYİMD, sayı: 15, s. 984-986. Benzer kararlar için bkz. AYİM 2. D., 24.02.1999, E. 98/368, K. 99/123, AYİMD, sayı: 14, s. 934-937; AYİM 2. D., 10.06.1998, E. 97/677, K. 98/463, AYİMD, sayı: 13, s. 921-924.

⁴⁶² YAMAN, s. 93-94. (Eserde karar tarih ve numaralarına yer verilmemiştir.)

ederken⁴⁶³, bazı kararlarında adalet, eşitlik ve hakkaniyet gibi kavramlara da yer vermektedir:

*“(...) zararlı sonuç doğuran olay ile hizmet arasında illiyet bağı bulunduğundan kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın zarar gören üzerinde bırakılmayarak topluma yayılması **adalet, eşitlik, hakkaniyet** esaslarına uygun düşeceğinden davacının zararlarının bu esaslara göre karşılanması gerekeceği sonucuna ulaşılmıştır.”⁴⁶⁴*

AYİM, terör sebebiyle silâhlı kuvvetler mensupları ve yakınlarının uğradığı zararlarla ilgili verdiği kararların büyük çoğunluğunda ise idarenin sorumluluğunu kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayandırmaktadır:

“Son yıllarda Güneydoğu ve Doğu Anadolu’da yoğunlaşan terör eylemleri sebebiyle Anayasanın 120nci maddesine göre bazı illeri kapsayan olağanüstü hal ilan edilmiş, bu olağanüstü hal uygulaması sırasında çok sayıda güvenlik görevlileri ve asker kişi şehit olmuştur. Devletin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmadığı gibi, mücbir sebep olarak da nitelendirilmediğinden, bu faaliyetler sırasında teröristlerin eylemlerinden zarara uğrayanların bu zarar, tüm ülkede olmayıp, ülkenin bir kısmında terör örgütleri tarafından yaratılan bir zarar olduğundan, savaş halinde olduğu gibi tüm toplumun katlanmak durumunda kaldığı bir kamu külfeti olarak değerlendirilmeyip, özel ve olağandışı nitelik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince idare tarafından tazmini gereken bir zarar olarak kabul edilmiştir.”⁴⁶⁵

“Teröristlerle girilen silahlı çatışmada şehit düşen erin yakınlarının uğradığı zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince karşılanması gerekir.”⁴⁶⁶

⁴⁶³ “(...)olayımızda idareye atfı kabil bir hizmet kusurunun varlığından söz edilemez ise de; kamu görevinin ifası sırasında meydana gelen zarar ile görevden kaynaklanan eylem arasında sıkı bir illiyet bağı bulunduğu, zararın hizmetin içinden doğduğu nazara alındığında kusursuz sorumluluk kuram ve ilkesi gereğince davacının uğradığı zararın davalı idarece karşılanması gerek(ir)” AYİM 2. D., 13.06.2001, E2000/498, K 2001/511, AYİMD, sy. 16, s. 659-664. Aynı yönde kararlar için bkz. AYİM 2. D., 24.03.1999, E. 98/853, K. 99/200 AYİMD, sayı: 14, s. 937-938; AYİM 2. D., 01.04.1998, E. 97/718, K. 98/228, AYİMD, sy. 13.

⁴⁶⁴ AYİM 2. D., 11.12.2002, E. 2001/440, K. 2002/979, AYİMD, sayı: 18, kitap: 2, s. 858-861. Benzer kararlar için bkz. AYİM 2. D., 25.12.2002, E. 2001/767, K. 2002/982, AYİMD, sayı: 18, kitap: 2, s. 855-858; AYİM 2. D., 03.12.2001, E. 2001/205, K. 2001/902, AYİMD, sayı: 17, s. 1172-1175; AYİM 2. D., 21.03.2001, E. 2000/52, K. 2001/360, AYİMD, sayı: 16, s. 656-659; AYİM 2. D., 04.12.1996, E. 96/200, K. 96/1022, AYİMD, sayı: 12, s. 1039-1042; AYİM 2. D., 26.01.1994, E. 1988/451, K. 1994/146, AYİMD, sayı: 9.

⁴⁶⁵ AYİM 2. D., 22.06.2001, E. 2000/417, K. 2001/570, AYİMD, sayı: 17, s. 1178-1180. Benzer kararlar için bkz. AYİM 2. D., 22.06.2001, E. 2001/45, K. 2001/568, AYİMD, sayı: 16, s. 664-666; AYİM 2. D., 02.05.2001, E. 2000/259, K. 2001/389, AYİMD, sayı: 16, s. 652-656; AYİM 2. D., 18.10.2000, E. 2000/585, K. 2000/673, AYİMD, sayı: 15, s. 976-978; AYİM 2. D., 14.04.1999, E. 98/796, K. 99/288, AYİMD, sayı: 14, s. 932-934; AYİM 2. D., 17.06.1998, E. 97/395, K. 98/512, AYİMD, sayı: 13, s. 917-921; AYİM 2. D., 10.12.1997, E. 97/233, K. 97/1032, AYİMD, sayı: 12, s. 1036-1039; AYİM 2. D., 26.02.1997, E. 95/385, K. 97/189, AYİMD, sayı: 12, s. 1042-1044; AYİM 2. D., 12.06.1996, E. 95/85, K. 96/599, AYİMD, sayı: 11, s. 935-938; AYİM 2. D., 20.06.1996, E. 95/965, K. 96/563, AYİMD, sayı: 11, s. 933-935; AYİM 2. D., 28.06.1995, E. 94/1587, K. 95/578, AYİMD, sayı: 10; AYİM 2. D., 26.04.1995, E. 94/1301, K. 95/322 AYİMD, sayı: 10, s. 953-957; AYİM 2. D., 11.01.1995, E. 93/556, K. 95/18, AYİMD, sayı: 10; AYİM 2. D., 16.11.1994, E. 93/221, K. 94/1679, AYİMD, sayı: 9.

⁴⁶⁶ YAMAN, s. 93-94.

Yüksek mahkeme, bu kararlarında illiyet bağıını geniş yorumlamaktadır. Buna göre zarar veren eylemi yapanlarla (teröristlerle) idare arasında herhangi bir ilişki olmasa da, zarara uğrayan kişinin “kamu görevlisi” sıfatı taşıması, görev süresi dışında ortaya çıkan zararlarda dahi illiyet bağıının kurulması için yeterli olacaktır:

“İdarenin hukuki sorumluluğu için; bir zararın mevcudiyeti, zarara yol açan eylemin idareye yüklenebilir olması, zararlar eylem arasında nedensellik bağıının bulunması yeterlidir. Ölüm olayının davacıların yakınının Silahlı Kuvvetlere mensup birisi olarak OHAL Bölgesinde emniyet ve asayişin sağlanmasında görevlendirilmiş olması nedeniyle bu durumu bilen teröristlerce gerçekleştirilen eylem sonucunda meydana geldiği ve Astsubay'ın salt ifa ettiği kamu görevi yüzünden öldürüldüğü cihetle fiil ve sonuç ilişkisinin idareye yüklenebilir özellikte olduğu değerlendirilmiştir. Ölenin vazife gereği görev mahalline gidiş için yolculuk ettiği aracın kamu aracı ya da özel araç olmasının sorumluluk açısından bir önemi bulunmamaktadır. Devletin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmadığı ve dolayısıyla mücbir sebep olarak nitelendirilmediğinden, bu faaliyetler sırasında teröristlerin eylemlerinden zarara uğrayanların bu zararı, tüm ülkede değil ülkenin bir kısmında terör örgütleri tarafından yaratılan bir zarar olduğundan, savaş halinde olduğu gibi tüm toplumun katlanmak durumunda olduğu bir kamu külfeti olarak değerlendirilmemiş, özel ve olağandışı nitelik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince zarar olarak kabul edilmiştir.”⁴⁶⁷

“Davacıların yakınının evvelce iç güvenlik ve asayişin korunmasına ilişkin istihbarat görevi ifa ettiği ve bu görevin sona ermesinden sonra, emekliliği sırasında bu görevi nedeniyle teröristlerce öldürüldüğü konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamakla birlikte, olayın taraflara göre üçüncü kişi durumunda bulunan teröristlerin eyleminden meydana gelmiş olması nedeniyle idarenin bu eylemden sorumlu tutulup tutulmayacağı, tutulacaksa sorumluluğun türü üzerinde durulmasına gerek görülümüştür.

Devletin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmadığı ve dolayısıyla mücbir sebep olarak nitelendirilmediğinden, bu faaliyetler sırasında teröristlerin eylemlerinden zarara uğrayanların bu zararı, tüm ülkede değil ülkenin bir kısmında terör örgütleri tarafından yaratılan bir zarar olduğundan, savaş halinde olduğu gibi tüm toplumun katlanmak durumunda olduğu bir kamu külfeti olarak değerlendirilmemiş, özel ve olağan dışı nitelik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince idarece tazmini gereken bir zarar olarak kabul edilmiştir.”⁴⁶⁸

AYİM'in terör eylemlerinden doğan zararlarla ilgili içtihadı, Danıştay'a nazaran kendi içinde daha tutarlıdır. Her şeyden önce AYİM, idarenin sorumluluğuna hükmederken illiyet bağı unsurunu yok saymamakta, bilâkis geniş yorumlamaktadır. Bu bakımdan AYİM'in “illiyet bağı aranmayan sorumluluk” fikrine itibar etmediğini söylemek mümkündür⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ AYİM 2. D., 17.01.1996, E. 95/248, K. 96/27, AYİMD, sayı: 11, s. 923-928. Benzer kararlar için bkz. AYİM 2. D., 09.04.1997, E. 1996/554, K. 1997/303, AYİMD, sayı: 13; AYİM 2. D., 18.02.1998, E. 98/541, K. 98/203, AYİMD, sayı: 13, s. 910-914.

⁴⁶⁸ YAMAN, s. 93-94.

⁴⁶⁹ AKYILMAZ, s. 194-195.

AYİM'in kararlarına konu olan hâdiselerde mağdurlar, idareyle ilişkisi olmayan vatandaşlar değil, kamu görevlileri ve onların yakınlarıdır. Bu bakımdan kararlarda kusursuz sorumluluğa dayanılmasının yerinde olduğu düşünülebilir. Ancak yüksek mahkeme, eğer kusursuz sorumluluğa dayanmak istiyorsa, bu tür olaylarda kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini değil, “meslekî risk”leri ve “tehlikeli durumlar”ı içeren risk ilkesini tercih etmelidir⁴⁷⁰. Zira zarara uğrayan kamu görevlileri “meslekî risk” altında bulunurken, bu görevlilerin yakınları da idarî faaliyetin yarattığı “tehlikeli durum”a maruz kalmaktadırlar⁴⁷¹.

IV. 5233 SAYILI KANUN

Bir önceki kısımda görüldüğü üzere, 80'li yılların sonundan itibaren Türkiye'de terör olaylarının yaygınlaşması ve bu olaylardan doğan geniş çaplı zararın karşılanmasına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmaması, Danıştay'ı mevcut sorumluluk esaslarını genişletmeye sevk etmiştir. Bu kapsamda yüksek mahkeme, Fransa ve Almanya'da kitle hareketlerinden doğan zararların karşılanması konusunda yasa koyucuyu yönlendiren bir prensip olan sosyal risk ilkesini, terör zararlarının karşılanmasına ilişkin içtihadî bir sorumluluk esası gibi kurgulamaya çalışmış, ancak yaklaşımını doğru temellendiremediği için başarısız olmuştur.

Terör zararlarının Danıştay içtihatlarıyla karşılanmaya çalışıldığı, ancak bu durumun doktrinde yoğun bir şekilde eleştirildiği 1990-2004 arası dönemde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), terör mağdurlarının yaptığı başvuruları, Türkiye'de etkin iç hukuk yolları ve yasal düzenlemeler bulunmadığı gerekçesiyle esastan incelemiş ve yüklü tazminatlara

⁴⁷⁰ KORKMAZ, Kadir; “AYİM Kararları Işığında Askeri Hizmetin Yürütülmesi Esnasında Askeri Personelin Karşılaştığı Bireysel Zararlardan İdarenin Kusursuz sorumluluğu Esasları”, **GÜHFD**, cilt: XIV, yıl: 2010, sayı: 1, s. 378; ÇAĞLAYAN, **Sorumluluk**, s. 335; ATAĞ, Başak; **Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanmasında İdarenin Sorumluluğu**, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2010, s. 110-111.

⁴⁷¹ Hatta bu gibi hâdiselerde yalnızca meslekî risk ilkesine dayanılmasının bile yeterli olacağı söylenebilir. Zira kamu görevlisinin yakınları idarenin eylem ve işleminden zarar gören değil; zarar görenin yakını oldukları için destekten yoksun kalan olarak zararları tazmin edilenlerdir.

hükmetmiştir⁴⁷². Gerek Danıştay'ın sağlıklı bir içtihat geliştirememesi, gerek AİHM'in aleyhte verdiği kararlar, gerekse AB üyelik süreci ve Avrupa Konseyi kapsamında Türkiye'nin üstlendiği taahhütler⁴⁷³, bu konuda yasal bir düzenleme yapılmasını zorunlu hâle getirmiştir. Bütün bu sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisi, 14 Temmuz 2004 tarihinde 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansması Hakkında Kanun'u⁴⁷⁴ kabul etmiştir. 27 Temmuz 2004'te yürürlüğe giren Kanunun uygulanmasına ilişkin olarak çıkartılan Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansması Hakkında Yönetmelik ise 20.10.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁷⁵. Çalışmanın bu kısmında 5233 sayılı Kanun; amacı, kapsamı ve

⁴⁷² AİHM, *Akdivar ve Diğerleri – Türkiye* davasında; başvuruların köylerinin güvenlik güçleri tarafından yakılıp yıkılarak, devlet politikası gereği boşaltıldığı, yapılan başvuruların ise iç hukuktaki makamlarca reddedildiği, yeterli araştırmanın yapılmadığı ya da araştırmaların çok geç yapıldığı, bölgede, olağanüstü hal ilân edilmiş olduğu da dikkate alındığında, evlerinin yakılmasından güvenlik güçlerinin sorumlu olduğu iddiasıyla başvuran tarafından dava açılabilir, kendilerine ve avukatlarına yaptırım uygulanabileceği, zararlarının tazmini için hukuk ve idare mahkemelerine dava açmaları halinde de, sonuç alınabileceğinin Hükümetçe yeteri kadar mahkeme kararı sunularak ispat edilemediği gerekçeleriyle iç hukuk yollarının etkin bir şekilde kullanılamayacağına karar vererek dosyanın esasını incelenmiştir. (http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/99_1995_605_693.pdf Erişim: 06.08.2013). Bu karar, AİHM'in Türkiye ile ilgili içtihatları arasında önemli bir yere sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KURBAN, Dilek; **Strasbourg Court Jurisprudence and Human Rights in Turkey: An Overview of Litigation, Implementation and Domestic Reform**, (JURISTRAS State of the Art Report), s. 49, (Erişim: <http://www.juristras.eliampe.gr/wp-content/uploads/2008/09/turkey.pdf> 06.08.2013).

⁴⁷³ Türkiye, terör eylemleri mağdurlarına tazminat ödenmesi amacıyla, “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı”nın, “Adalet ve İçişleri”ne ilişkin 24. başlığının “Yargının İşlevselliği ve Kapasitesinin Arttırılması Suretiyle Etkin Bir Yargı Sisteminin Tesis Edilmesi” alt başlığında, “Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansması Hakkında Kanun Tasarısı”nın 2004 yılında çıkartılacağını taahhüt etmiştir. Bu konuyla ilgili Türkiye'nin altında imzası bulunan birçok Avrupa Konseyi tavsiye kararı / sözleşmesi de bulunmaktadır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, Cemil; “Avrupa Konseyi'ndeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansması Hakkında Kanun”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, cilt: 3, yıl: 2007, no: 10, s. 25-42.

⁴⁷⁴ RG. 27.7.2004, sy. 25535.

⁴⁷⁵ Yürürlüğe giren düzenlemeler, Türkiye'nin AİHM'de bekleyen davaları açısından olumlu neticeler doğurmuştur. Bunun ilk örneği “test dava” niteliğindeki *İçyer -Türkiye* kararıdır. AİHM, 12.01.2006 tarihinde verdiği kararla davacı Aydın İçyer'in başvurusunu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8, 13 ve ek 1 nolu protokolün 1. maddeleri bakımından değerlendirmiş ve 5233 sayılı kanun ile devletin “hem teorik olarak ve hem de uygulamada etkili bir iç hukuk mekanizması oluşturmak konusundaki görevini yerine getirdiği” gerekçesiyle oybirliğiyle kabul edilemez (*inadmissible*) bulmuştur. (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=964609&Site=COE> Erişim: 06.08.2013). Bu karardan sonra AİHM, yaklaşık 1.500 benzer müracaatı iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 35. maddesi uyarınca reddetmiştir. (KAYA, s. 27).

öngördüğü tazmin prosedürü bakımından incelenecek ve Kanunun sosyal risk ilkesiyle bağlantısı ortaya konacaktır⁴⁷⁶.

A. KANUNUN AMACI

5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun'un ilk maddesi "amaç" başlığını taşımakta ve düzenlemenin gayesini şöyle belirtmektedir:

"Bu Kanunun amacı, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemektir."

Kanunun genel gerekçesi, düzenlemenin amacına sosyal risk ilkesine de yer vermek suretiyle daha geniş bir şekilde temas etmiştir:

*"(...) Kural olarak idarenin hukukî sorumluluğu kusur esasına dayanmaktadır. Sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararların, nedensellik bağı ve kusur koşulu aranmadan karşılanması gerekmektedir. Objektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla da kabul edilmiştir. Temelde Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçlayan terör eylemlerinin zarar gören kişilere karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmektedir. Terör eylemlerine hedef olan kişiler kendi kusur ve fiilleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olarak zarar görmekteirler. Devleti ve toplumu hedef alan fiillerden doğan zararın mağdur kişinin üzerinde bırakılması, hak ve nesafet kurallarıyla bağdaşmaz. Ortaya çıkan zararın paylaştırılması, toplumun diğer kesimleri ile zarara uğramış kişiler arasında fedakârlığın denkleştirilmesi, hakkaniyet ve sosyal hukuk devleti ilkelerinin bir gereğidir. Kişilere verilen zararlar, ister terör örgütlerinin eylemlerinden, ister terörle mücadele sırasında Devletçe alınan tedbirlerden kaynaklanmış olsun; bu zararların belirtilen ilkeler uyarınca karşılanması, Devlete olan güveni pekiştirecek; vatandaş-Devlet kaynaşmasını artıracak, terörle mücadeleye ve toplumsal barışa önemli katkıda bulunacaktır. Terörle mücadelede Türk Silâhlı Kuvvetlerinin ve güvenlik güçlerinin kazandığı olağanüstü başarının sosyal ve ekonomik tedbirlerle desteklenmesi zorunluluğu toplumumuzun bütün kesimlerince kabul edilmektedir. Bu çerçevede yapılan çalışmalar sonunda, terör eylemlerinin ülkemizde yoğun olarak yaşandığı 19.7.1987 tarihi ile 30.11.2002 tarihi arasında, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin maddi zararlarının yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan, idarece en kısa süre içinde ve sulh yoluyla karşılanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ancak bu yolla sonuç alamayanların başvurmaları, verilen tazminat miktarlarının haksız zenginleşme aracı olarak kullanılmasının önlenmesi amacıyla bu Tasarı hazırlanmıştır."*⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ Terörle mücadeleden doğan zararların karşılanması konusunda yapılan düzenlemeler, 5233 sayılı kanundan ibaret değildir. Önceki kısımlarda bahsedildiği üzere, Şırnak ve Çukurca'da terörist eylemler sonucu meydana gelen zararların karşılanmasına ilişkin 28.08.1992 tarihli ve 3838 sayılı Kanun çıkarılmıştır. 2330 sayılı Nakdî Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (m. 20) ve 2629 sayılı Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağa Adam Hizmetleri Tazminat Kanunu, kamu görevlilerinin uğradığı zararları karşılama amacına yönelik diğer düzenlemelerdir. Ancak bu kanunlar; zaman, mekân yahut kişi bakımından sınırlı olmaları itibarıyla "genel kanun" niteliği taşımadıkları için ayrıca incelenmeyecektir.

⁴⁷⁷ Erişim: www.tbmm.gov.tr , 06.08.2013.

Genel gerekçede yer alan bu ifadeler, Kanunun çıkarıldığı tarihe dek yaşanan sürecin bir özeti gibi görünmektedir. Metinde dikkat çekici diğer bir husus, Danıştay'ın “sosyal risk” kararlarında yer alan “formül” şeklindeki ifadelerin genel gerekçeye aynen yansımış olmasıdır. O hâlde, 5233 sayılı Kanunun “sosyal risk ilkesine dayanılarak yapılmış bir düzenleme” olduğunu söylemek mümkündür⁴⁷⁸. Bununla birlikte Kanunu, sınırlayıcı bir yaklaşımla “sosyal risk ilkesinin yasalaşmış hâli” olarak nitelemek doğru olmayacaktır⁴⁷⁹. Zira sosyal risk ilkesi (risklerin sosyalizasyonu); tabii âfetler, kitle hareketleri ve gelecekte ortaya çıkabilecek birçok başka “sosyal risk faktörü”nü içine alan geniş bir kavramdır.

Kanun ilk maddesinde yalnızca “terörden” değil, “terörle mücadelede” doğan zararların kapsam dâhilinde olacağına işaret etmektedir. “Terörle mücadele” zararları, doğrudan doğruya idarenin davranışlarından doğduğu için aslında hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluğun bilinen ilkelerine göre tazmin edilebilir. Kanunun söz konusu zararları da kapsamına alması, mağdurların dava açma külfetinden kurtarılmasına yönelik sosyal bir amaç taşıdığını göstermektedir⁴⁸⁰.

B. KANUNUN KAPSAMI

5233 sayılı Kanunun kapsamı; tazmin edilecek zararın kaynağı, yeri, zamanı, muhatabı ve niteliği bakımından ayrı ayrı incelenebilir⁴⁸¹. Zararın kaynağı bakımından Kanunun 2/1 hükmü, Terörle Mücadele Kanunu'nun 1, 3 ve 4. maddeleri kapsamına giren eylemlere ve terörle mücadele kapsamında

⁴⁷⁸ KAYA, s. 31.

⁴⁷⁹ “(...) Meydana gelen olayın, 5233 sayılı Yasa kapsamında bir terör eylemi olduğu ve dava konusu uyuşmazlığın 5233 sayılı Yasa kapsamında irdelenerek karar verilmesi gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır... Bu durumda, **5233 sayılı Yasa, sosyal risk ilkesinin yasalaşmış hali** olduğundan, 5233 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana gelen terör eylemi nedeniyle uğranılan (...) zararın 5233 sayılı Yasa uyarınca tazmini gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır(...)” D.10.D., 30.10.2009, E. 2007/7340, K. 2009/9235, aktaran: KÖKSAL, Yasal Düzenlemeler, s. 397.

⁴⁸⁰ ASLAN, Metin; “İdarenin Terör Eylemlerinden Doğan Zararlardan Dolayı Sorumluluğu”, **Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı**, (İstanbul Barosu, Türk Ceza Hukuku Derneği), İstanbul 2007, s. 237.

⁴⁸¹ KAYA, s. 31-35.

yürütülen faaliyetlere işaret etmektedir⁴⁸². Buna göre, 5233 sayılı Kanun kapsamında tazmin edilecek zarar, ya Terörle Mücadele Kanunu'nda tanımlanan terör eylemlerinden yahut terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetlerden kaynaklanmış olmalıdır. Bu hüküm, Kanun öncesi dönemdeki Danıştay içtihatlarıyla paralellik arz etmektedir. Zira yüksek mahkeme bu dönemde sosyal risk ilkesi uyarınca idarenin sorumluluğuna hükmetmek için zararın terör eyleminden kaynaklanması şartını aramaktaydı⁴⁸³.

Kanunun 2/2 hükmü, bir grup zararı sayma yoluyla açıkça kapsamı dışında tutmuştur. Bunlar:

- Devletçe arazi veya konut tahsisi suretiyle yahut başka bir şekilde karşılanan zararlar (m. 2/2-a),
- Bir mahkeme kararı gereğince veya 4353 sayılı Maliye Vekâleti Baş Hukuk Müşavirliği'nin ve Muhakemat Umum Müdürlüğü'nün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun'un 30 ve 31. maddeleri gereğince karşılanan zararlar (m. 2/2-b),
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlâl edildiği gerekçesiyle Sözleşmenin 41 inci maddesine göre hükmedilen

⁴⁸² “Bu Kanun, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1 inci, 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamına giren eylemler veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören...”

⁴⁸³ Cezaevi İnfaz Koruma Başmemuru olarak görev yapan ilgili şahıs, işine gitmek üzere evinden çıktığı sırada silahlı saldırıya uğramış ve hayatını kaybetmiştir. Saldırının terör örgütü mensuplarınca gerçekleştirildiğinin kesin olarak ispat edilememesi sebebiyle Danıştay, idarenin sorumsuzluğuna hükmetmiştir. D.10.D., 26.03.1998, E. 96/3720, K. 98/1301, DD, yıl: 1999, sayı: 97, s. 690–691.

“Tazminat istemini doğuran ölüm olayının meydana geldiği Antalya, Tünektepe mevkiinde bu olaydan önce, 23.2.1998 tarihinde polis otosunun taranması, bu olaya ve bu davanın açılmasına neden olan ölüm olayına karışan yasadışı terör örgütü üyelerinin yakalanarak haklarında, İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcılığınca, vatan topraklarından toprak bölmeye yönelik olarak eylem gerçekleştirmek, yasadışı örgüt üyesi olmak ve örgüte yardım etmek suçlarından dava açılmış olması, ayrıca Antalya Valiliğinin İçişleri Bakanlığına yazdığı 6.10.1998 tarih ve 1375 sayılı yazıda, 1997 yılından beri bölgede yasadışı örgütün terörist faaliyetlerinin sürdüğünün kabul edilmesi nedeniyle olayın Ülkenin ve Devletin bütünlüğüne yönelik yaygın terörist faaliyetlerin bir sonucu olarak meydana geldiğinin kabulü gerektiğinden tazminat isteminin sosyal risk ilkesi esas alınarak kabulüne ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” D.10.D., 14.01.2004, E. 2002/366, K. 2004/162. (Erişim: Hukuktürk veritabanı, 25.02.2013).

veya Sözleşme hükümleri uyarınca dostane çözüm yoluyla uzlaşılan tazminatın ödenmesi sonucunda karşılanan zararlar (m. 2/2-c),

- Terör dışındaki ekonomik ve sosyal sebeplerle uğranılan zararlar ile güvenlik kaygıları dışında kendi istekleriyle bulundukları yerleri terk edenlerin bu sebeple uğradıkları zararlar (m. 2/2-d),
- Kişilerin kendi kasıtları sonucunda oluşan zararlar (m. 2/2-e),
- ve 3713 sayılı Kanun'un 1, 3 ve 4. maddeleri kapsamındaki suçlar ile terör olaylarında yardım ve yataklık suçlarından mahkûm olanların bu fiillerinden dolayı uğradığı zararlardır (m. 2/2-f)⁴⁸⁴.

Kanunun açıkça kapsam dışı saydığı ve altı bent hâlinde sıraladığı zararlar aslında iki grupta toplanabilir. Kapsam dışı bırakılan ilk üç bent, daha önce başka bir vesileyle zararı karşılanmış kişilerin, diğer üç bent ise başından itibaren hak etmeyen kişilerin tazminat almasını önlemeye yöneliktir⁴⁸⁵. “Güvenlik kaygıları” ifadesinin geçtiği (d) bendi, bu sübjektif ibarenin kişileri yaklaşık yirmi yıl önceki hayat şartlarını ispat etmek zorunda bıraktığı gerekçesiyle⁴⁸⁶, “mahkûm olanlar” ifadesinin kullanıldığı (f) bendi ise, ceza muhakemesinde “mahkûm olmama”nın her zaman “beraat etmek” anlamına gelmediği, yeterince daraltılmayan bu ifadenin hak etmeyen kişilere de tazminat ödenmesine sebep olabileceği düşüncesiyle⁴⁸⁷ eleştirilmektedir.

5233 sayılı Kanun, zararın doğduğu yer bakımından açık bir sınırlama öngörmemiştir. Ancak bütün kanunlar için geçerli olan kanunların mülkîliği ilkesi gereğince bu Kanunun da ancak Türkiye Cumhuriyeti Devleti sınırları içerisinde ortaya çıkan zararları kapsadığı söylenebilir⁴⁸⁸. Buna göre ülke

⁴⁸⁴ Kapsam dışı bırakılan son grup zararlar ilgili yazılı suçlardan dolayı ceza kovuşturması açılmış bulunanlar hakkında kovuşturma sonuçlanıncaya kadar bu Kanuna göre işlem yapılmaz (m. 2/3).

⁴⁸⁵ 5233 sayılı kanun uyarınca yapılacak ödemelerde, önceden 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun kapsamında yapılan ödemelerin düşüleceği hakkında bkz. D.10.D., 23.12.2008, E. 2006/7212, K. 2008/9199, DD, yıl: 2009, sayı 121, s. 340.

⁴⁸⁶ ASLAN, s. 238. Sadece geçici köy korucularının yaşadığı köyün, güvenli bir yerleşim yeri olduğundan bahsedilemeyeceğinden, güvenlik kaygısı nedeniyle köyü terk eden davacının, 5233 sayılı yasa kapsamında uğradığı bir zararı olup olmadığının tespiti ve saptanan zararının tazmini gerektiği hakkında bkz. D.10.D., 30.12.2008, E. 2008/7348, K. 2008/9583, DD, yıl: 2009, sayı 121, s. 341-342.

⁴⁸⁷ KÖKSAL, Mustafa; “Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların İdarece Karşılanma Usulü”, **Terazi**, yıl: 4, sayı: 36, Ağustos 2009, s. 96.

⁴⁸⁸ ATAK, s. 117-118.

içinde doğan zararlar, mağdurun vatandaşlığından bağımsız olarak Kanunun kapsamına girerken, Türk vatandaşlarının ülke dışında terör sebebiyle uğradığı zararlar Kanun kapsamı dışında kalacaktır. Bununla birlikte, Kanunun genel mantığı ve geçici 2. maddenin⁴⁸⁹ amacı göz önüne alındığında, terörle mücadele çerçevesinde yabancı bir ülkeye yapılan sınır ötesi operasyonlarda zarara uğrayan kamu görevlilerinin Kanun kapsamında mütalâa edilmesi gerekmektedir⁴⁹⁰.

Zararın ortaya çıktığı zaman bakımından 5233 sayılı Kanun, yürürlüğe girdiği 27.07.2004 tarihinden sonra gerçekleşecek zararlara ilaveten, olağanüstü hâl uygulamasının başladığı 19.07.1987 tarihiyle yürürlük tarihi arasında meydana gelmiş zararları da kapsamına alarak mağdurlar için geçmişe yönelik bir tazminat imkânı da sağlamaktadır (1. ve 2. geçici maddeler)⁴⁹¹. Kanunun 19.07.1987 tarihini bir sınır olarak kabul edip daha önceki zararları kapsam dışında bırakması, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği⁴⁹² ve uygulamada zaman tespitiyle ilgili sorunlara sebep olacağı⁴⁹³ gerekçeleriyle eleştirilmektedir.

5233 sayılı Kanunun kapsamı, zararın muhatabı açısından oldukça geniştir. Kanun kural olarak, terör eylemleri veya terörle mücadele

⁴⁸⁹ Geçici 2. maddenin metni şöyledir: “19.7.1987 tarihinden bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, görevleri başında iken terörden veya terörle mücadele sırasında zarar gören kamu görevlilerinden veya mirasçılarından, ilgili mevzuat uyarınca tazminat almış olup, ancak aldıkları tazminatın hesaplanma kriteri bu Kanundan farklı olanlardan, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içinde ilgili valilik veya kaymakamlıklara başvuranlara, yapılacak hesaplamada aldıkları tazminat ile bu Kanuna göre almaları gereken tazminat arasında fark bulunması halinde, eksik olan tutar yasal faiziyle birlikte ödenir. Ödenen tazminat tutarı fazla ise iade talep edilmez.”

⁴⁹⁰ KAYA, s. 32.

⁴⁹¹ Geçici 1. maddenin metni şöyledir: “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde ilgili valilik ve kaymakamlıklara başvuruları hâlinde, 19.7.1987 tarihi ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih arasında işlenen 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1 inci, 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamına giren eylemler veya anılan tarihler arasında terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararları hakkında da bu Kanun hükümleri uygulanır. Bu maddeye göre yapılan başvurular, başvuru tarihinden itibaren iki yıl içinde sonuçlandırılır.” (Bu madde gereğince yapılan başvuruların sonuçlandırılma süresi, 20.07.2013 tarihli ve 28713 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 24.06.2013 tarihli ve 2013/5034 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı Eki Kararın 1. maddesiyle –önceki yıllarda olduğu gibi- tekrar uzatılmıştır.)

⁴⁹² KÖKSAL, Terör Zararlarının, s. 96.

⁴⁹³ TBMM İçişleri Komisyonu’nun, 10.06.2004 tarihli ve E. 1/793, K.69 sayılı kararı. (Ayrıca bkz. ATAK, s. 119).

kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarara uğrayan herkese şamildir. Tazminat talebinde bulunacak kişilerin Türk vatandaşı olmaları veya hâlihazırda Türkiye’de ikamet etmeleri önem arz etmez. Zira Kanun, yabancı ülke vatandaşları için herhangi bir müteakabiliyet esası getirmediği gibi, Kanundan yararlanacak kişilere talepte bulunulduğu esnada Türkiye’de ikamet etme şartı da öngörmemektedir⁴⁹⁴. Terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetlerin ölümle neticelenmesi hâlinde hayatını kaybeden kişinin mirasçıları da doğal olarak Kanun kapsamına girecektir⁴⁹⁵. Bu noktada terör eylemleri veya terör olaylarına yardım ve yataklık yapma sonucu yaralanan, sakatlanan veya ölen kişilerin uğradıkları zararların Kanunun kapsamı dışında kalacağını belirtmek gerekir⁴⁹⁶.

“Karşılanacak zararlar” başlıklı 7. madde, zararın niteliği bakımından 5233 sayılı Kanunun kapsadığı alanı belirlemektedir. Buna göre Kanun:

- Hayvanlara, ağaçlara, ürünlere ve diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zararın (7/1-a),
- Yaralanma, engelli hâle gelme ve ölüm hâllerinde uğranılan zararlar ile tedavi ve cenaze giderlerinin (7/1-b)

⁴⁹⁴ 5233 sayılı Kanunda, uğradıkları zararlar ilgili olarak AİHM’e başvuran kişilerin aynı zamanda bu kanundan da yararlanmak için başvuruda bulunmasına engel bir hüküm yoktur. Kanuna eklenen geçici 1. madde ile bu Kanundan terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetlerden zarar görmüş gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin yararlanabileceği, Geçici 2. madde ile de (silahlı kuvvetler mensupları, jandarma, polis ve köy korucuları gibi) kamu görevlilerinin yararlanabileceği özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükümle, terör mağdurları arasında eşitlik sağlama düşüncesiyle, terörle mücadelede aktif rol oynayan kamu görevlilerinin mağduriyetlerinin giderilmesi amaçlanmıştır. (KAYA, s. 33.)

⁴⁹⁵ Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Yönetmelik’in 21 maddesinin 3. fıkrası, ölüm hâlinde Türk Medeni Kanunu’nun mirasa ilişkin hükümlerinin uygulanacağını öngörmektedir. Bununla birlikte yargı yerlerinin Medeni Kanun hükümlerini her zaman dikkate aldığı söylenemez. Meselâ Danıştay ve AYİM, tam yargı davalarında ölenle geride kalan eş arasında her zaman resmi nikâh ilişkisini aramamaktadır. (Konuyla ilgili karar örnekleri için bkz. KAYA, s. 33-34, dn. 37).

⁴⁹⁶ Tazminat talebinin kabulü bakımından zararın muhatabının terör eylemine yardım ve yataklık yapıp yapmadığı titizlikle araştırılmalıdır. Bu istikamette Danıştay, henüz kanunun yürürlüğe girmede, yasadışı terör örgütü elemanlarınca öldürülen kişinin murislerinin destekten yoksun kalma nedeniyle açtığı tazminat davasında, davalı İçişleri Bakanlığı’nın tazmin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının tespiti için, ilgilinin terör örgütü üyesi olup iç hesaplama sonucu mu, yoksa Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne bağlılığı nedeniyle mi öldürüldüğünün şüpheyi mahâl bırakmayacak şekilde ortaya çıkarılması gerektiğine karar vermiştir. (D.10.D., 03.12.1997, E. 96/1322, K. 97/5228, DD, yıl: 1998, sayı: 96, s. 612-614).

- ve kişilerin terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddî zararların (7/1-c) karşılanmasını öngörmektedir.

Son bentte mal varlıklarına ulaşamamaktan kaynaklanan zararların yalnızca “terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler” ile ilişkilendirilmesi, aynı zarara “terör eylemleri”nin yol açması hâlinde bu durumun Kanun kapsamına girip girmeyeceği sorusunu beraberinde getirmektedir⁴⁹⁷.

Terör eylemlerinin ve terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetlerin mağdurlar üzerinde derin psikolojik etkiler bıraktığı açıktır. Hâl böyle iken 5233 sayılı Kanunun manevî zararları tazminat kapsamına dâhil etmemesi, henüz tasarı hâlinde bulunduğu dönemden itibaren ciddi eleştirilere sebep olmuştur⁴⁹⁸.

5233 sayılı Kanunun manevî zararlara ilişkin herhangi bir hüküm sevk etmemesi, Elazığ İdare Mahkemesi’nin itirazı neticesinde Anayasa Mahkemesi bir kararına konu olmuştur. Yüksek Mahkeme ilgili kararında düzenlemenin manevî tazminata ilişkin bir hüküm içermemesinin Anayasaya aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiş⁴⁹⁹ ve aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur:

“Yasa idarenin kusursuz sorumluluk alanını genişletmekle birlikte, aynı zamanda terör ve terörle mücadele sırasında meydana gelen zararlardan sadece ‘maddi’ olan kısmının sulh yoluyla tazminine ilişkin esas ve usulleri belirlemektedir. Yasa’da bu zararlardan ‘manevi’ olan kısmın idareden talep edilemeyeceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi, 12. maddede ‘sulh yoluyla çözülemeyen

⁴⁹⁷ Terör olayları sonucu köyü terk edenlerin malvarlıklarına ulaşamaması nedeniyle uğradıkları zararın, sadece köyün idarece veya köy halkı tarafından tamamen boşaltılması halinde ve köyün boşaltılmasından köye dönüşün başladığı tarihe kadar geçen süreçle sınırlı olarak tazmininin mümkün olduğu hakkında bkz. D.10.D., 31.12.2008, E. 2008/5548, K. 2008/9733, DD, yıl: 39, sayı: 121, s. 348-351.

Danıştay, kanun öncesi dönemde terör eylemleri sonucu mal varlıklarına ulaşamamadan doğan zararların sosyal risk ilkesi uyarınca karşılanmasına hükmetmekteydi. (D.10.D., 11.10.2000, E. 99/2162, K. 2000/5120, DD, yıl: 2003, sayı: 105, s. 554-558). Bu içtihadı paralel olarak (c) bendine “terör eylemleri” ibaresinin eklenmesi yerinde olacaktır. (KAYA, s. 35).

⁴⁹⁸ KIRTEPE, Ahmet; “5233 Sayılı Yasa Kapsamında Sosyal Risk İlkesi Gereğince Karşılanacak Zararlar ve İdarenin Sorumluluğunun Sınırları”, **Terazi**, yıl: 5, sayı:43 (Mart 2000), s. 150-151.

⁴⁹⁹ *İçyer - Türkiye* kararında AİHM, benzer bir değerlendirmede bulunmuştur. (Karar metni için bkz. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=964609&Site=COE> Erişim: 06.08.2013).

*uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır' denilerek Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu nedenle itiraz konusu ibare, idarenin sorumluluk alanını daraltan veya idari işlem veya eylemlere karşı yargı yolunu kapatan bir hüküm içermemektedir."*⁵⁰⁰

Anayasa Mahkemesi'nin de işaret ettiği gibi, 5233 sayılı Kanun, manevî zararları kapsamına açıkça dâhil etmemekle birlikte bu zararların idareden başka bir yolla talep edilmesine mâni de olmamaktadır. Dolayısıyla terör eylemlerinden veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetlerden doğan manevî zararlar için idarî yargı yerlerinde ve genel hükümler dairesinde tam yargı davası açmak mümkündür⁵⁰¹. Ancak manevî tazminat talebiyle açılacak bu davalarda İYUK m. 13'te öngörülen bir ve beş yıllık idareye başvuru sürelerinin dikkate alınacağını unutmamak gerekir⁵⁰².

C. KANUNA GÖRE TAZMİN PROSEDÜRÜ

5233 sayılı Kanunun tanıdığı tazminat imkânından istifade edebilmek için zarar gören kişi, yetkili temsilcisi yahut mirasçıları, zarar doğurucu olayın öğrenilmesinden itibaren altmış gün, her hâlükârda olayın vukuundan itibaren bir yıl içinde, zararın gerçekleştiği veya zarar konusu olayın meydana geldiği il valiliğine başvurmalıdır. İlgili valiliğe gönderilmek üzere; diğer valiliklere,

⁵⁰⁰ AYM., 25.06.2009, E. 2006/79, K. 2009/97, RG, 13.11.2009, s. 27405.

⁵⁰¹ Kanaatimizce uygulamadaki sorun, idare mahkemelerinin vaziyeti bu şekilde anlamamalarından ve Kanunu sınırlayıcı bir şekilde yorumlamalarından kaynaklanmaktadır: "(...) 5233 sayılı Kanun, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemek amacıyla düzenlenmiş olup, manevi zararlar bu Kanun kapsamında olmadığından, davacının manevi zararlarının tazmini isteminin kabulüne olanak bulunmamaktadır(...)" Van İdare Mahkemesi, 13.03.2008, E. 2006/3473, K. 2008/412, aktaran: KÖKSAL, Terör Zararlarının, s. 94, dn. 12.

⁵⁰² "(...) Davacıların çocuğu olan ...'ın 11.06.1993 tarihinde ... köyünde öldürülmesi nedeniyle ... manevî zararın 5233 sayılı yasa gereğince tazmini istemiyle ... başvurdukları, ... reddi üzerine ... davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, genel hükümler çerçevesinde davacıların manevi tazminat istemi değerlendirildiğinde tazminat istemine neden olarak gösterilen ölüm olayının 11.06.1993 tarihinde meydana geldiği, davacıların, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca ölüm olayını öğrendikleri tarihten itibaren 1 yıl ve herhalde olayın meydana geldiği ... tarihinden itibaren 5 yıllık süre içerisinde idareye başvurusu gerekirken, bu süre geçtikten çok sonra 29.06.2005 tarihinde tazminat istemiyle idareye yapmış oldukları başvurunun reddi üzerine açılan davanın süre aşımı nedeniyle esasının incelenme olanağı bulunmamaktadır(...)" Elazığ İdare Mahkemesi, 14.05.2007, E. 2007/1205, K. 2007/1019, aktaran: KÖKSAL, Terör Zararlarının, s. 95, dn. 13.

kaymakamlıklara, dış temsilciliklere, diğer bakanlıklar ve kamu kurum-kuruluşlarına da başvuru yapılabilir (m.6).

Kanun, kapsamına giren zararların tespit ve tazmini için “zarar tespit komisyonları” kurulmasını öngörerek⁵⁰³ bu komisyon vasıtasıyla zararların sulhen karşılandığı bir sistem getirmektedir. Kanun kapsamına giren bir zararın bulunup bulunmadığını tespit etmek, bulunmadığının tespiti hâlinde buna dâir bir karar tutanağı hazırlayıp ilgiliye tebliğ etmek, anlaşma sağlanmışsa sulhnameyi hazırlamak, sağlanamamışsa uyuşmazlık tutanağı düzenlemek gibi görevleri olan (m.5) bu komisyon, başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde çalışmalarını tamamlamak durumundadır⁵⁰⁴.

Kanun kapsamında tazmin edilecek zararın miktarı, zarar görenin beyanı, adlî, idarî ve askerî mercilerdeki bilgi ve belgeler göz önünde tutularak olayın oluş şekli ve zarar görenin aldığı tedbirlere göre, zarar görenin varsa kusur veya ihmalinin de göz önünde bulundurulması suretiyle, hakkaniyete ve günün ekonomik koşullarına uygun biçimde komisyon tarafından doğrudan doğruya veya bilirkişi aracılığı ile belirlenir (m.8)⁵⁰⁵.

⁵⁰³ Zarar tespit komisyonlarının kuruluşuna ilişkin 4. maddenin metni şu şekildedir: *Zarar tespit komisyonları illerde; bu Kanun kapsamında yapılacak başvurular üzerine on gün içinde kurulur. Komisyon, bir başkan ve altı üyeden oluşur. Valinin görevlendireceği vali yardımcısı komisyonun başkanı; maliye, baysındırlık ve iskân, tarım ve köy işleri, sağlık, sanayi ve ticaret konularında uzman ve o ilde görev yapan kamu görevlilerinden vali tarafından belirlenecek birer kişi ile baro yönetim kurulunca baroya kayıtlı olanlar arasından görevlendirilecek bir avukat komisyonun üyesidir. Komisyonun başkan ve üyeleri her yıl ocak ayının ilk haftasında yeniden belirlenir. Eski üyeler yeniden görevlendirilebilirler. İş yoğunluğuna göre aynı ilde birden fazla komisyon kurulabilir. (Ek fıkra: 28.12.2005 - 5442/1 md.) Komisyonun başkan ve üyelerine ayda altıdan fazla olmamak üzere her toplantı için (500) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutar üzerinden toplantı ücreti ödenir. Bu ödemeler, damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tâbi tutulmaz. Komisyon salt çoğunlukla toplanır ve kararlar üye tam sayısının salt çoğunluğuyla alınır. Komisyonun çalışma esas ve usulleri yönetmelikle belirlenir. Komisyonların mevcut yapısıyla tarafsız ve bağımsızlıktan çok uzak olduğu ifade edilmektedir. (ASLAN, s. 238).*

⁵⁰⁴ Bu süre zorunlu hâllerde ilgili valilik tarafından üç ay daha uzatılabilir (m.6).

⁵⁰⁵ Zararlar karşısında ödenecek tazminatlar, kanunun 9. maddesinde şöyle belirlenmiştir: *“Yaralanma, engelli hâle gelme ve ölüm hâllerinde (7000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunan miktarın;*
a) Yaralananlara altı katı tutarını geçmemek üzere yaralanma derecesine göre,
b) Çalışma gücü kaybı, yetkili sağlık kuruluşları tarafından üçüncü derece olarak tespit edilenlere dört katından yirmidört katı tutarına kadar,
c) Çalışma gücü kaybı, yetkili sağlık kuruluşları tarafından ikinci derece olarak tespit edilenlere yirmibeş katından kırksekiz katı tutarına kadar,

Komisyon, zararı ve bu zarar karşılığında ödenecek aynî veya nakdî tazminatı tespit eden bir sulhname hazırlayarak zarar görene tebliğ eder. Zarar gören, otuz gün içinde gelmek suretiyle sulhnameyi kabul edebileceği gibi sulhnameyi kabul etmeyebilir⁵⁰⁶. Otuz günlük süre içinde gelmediği takdirde sulhname kabul edilmemiş sayılır ve kendisine bir uyuşmazlık tutanağı gönderilir (m.12).

Sulhnamede belirlenen zararlar, sulhnamenin imzalanmasından sonra valinin onayı üzerine ifa tarzına göre Bakanlık bütçesine bu amaçla konulan ödenekten üç ay içerisinde karşılanır⁵⁰⁷. Kanun, Devletin ödeme nedeniyle genel hükümlere göre sorumlular hakkında rücu hakkını saklı tutmuştur (m.13).

5233 sayılı Kanun tarafından öngörülen ve yukarıda kısaca özetlenen prosedürün izlenmesine rağmen sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklara ilişkin olarak kanun, ilgililerin yargı yoluna başvurma haklarının saklı olduğunu⁵⁰⁸ hükme bağlamaktadır (m. 12/son)⁵⁰⁹.

d) Çalışma gücü kaybı, yetkili sağlık kuruluşları tarafından birinci derece olarak tespit edilenlere kırkdokuz katından yetmişiki katı tutarına kadar,

e) Ölenlerin mirasçılarına elli katı tutarında,

Nakdî ödeme yapılır.”

⁵⁰⁶ 5233 sayılı yasanın geçici 1. Maddesi kapsamında yapılan başvuruların, ilgilinin sulhname tasarısını kabul etmemesi nedeniyle uyuşmazlıkla sonuçlanması üzerine açılan davalarda, davacı lehine hükmedilecek yasal faizin başlangıç tarihi olarak, idareye başvuru tarihinin değil, sulhname tasarısının kabul edilmediği veya kabul edilmemiş sayıldığı tarihin esas alınması hakkında bkz. D.10. D., 30.12.2008, E. 2008/4286, K. 2008/9585, DD, yıl: 39, sayı: 121, s. 345-348.

⁵⁰⁷ Bakanlık, ellibin Yeni Türk Lirasının üzerindeki aynî ifa veya nakdî ödemelerin Bakan onayı ile yapılmasını kararlaştırabilir. Bu miktar, her yıl 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılır. (m.13).

⁵⁰⁸ 5233 sayılı yasa uyarınca, sulhnamenin imzalanmasından sonra dava açılmasına hukuken olanak bulunmadığı; bununla birlikte düzenlenen sulhnamelerin, komisyonca kabul edilen zarar miktarı ve kalemiyle sınırlı olması nedeniyle, sulhname kapsamı dışında tutulan zarar kalemleri için ilgililerin dava açma haklarının saklı bulunduğu hakkında bkz. D.10.D., 30.12.2008, E. 2008/4141, K. 2008/9584, DD, yıl: 39, sayı: 121, s. 342-345.

5233 sayılı yasa uyarınca oluşturulan zarar tespit komisyonunca tespit edilen maddi zarar karşılığı olarak davacılara ödenmesi teklif edilen tutarın kabul edilmeyerek açılan davanın kısmen veya tamamen kabulü halinde, sözü edilen komisyonca teklif edilen tutarın yasal faiz, avukatlık ücreti ve yargılama gideri yönünden mahkemece dikkate alınmamasında hukuka uygunluk bulunmadığı hakkında bkz. D.10.D., 29.12.2009, E. 2009/5172, K. 2009/11183.

⁵⁰⁹ Kanunda belirtilen yargı yoluna başvurma hakkı, sulhnamenin imzalanmaması durumu için geçerlidir. Sulhname imzalanmasından sonra dava açılmasına hukuken olanak bulunmadığı hakkında bkz. D.5.D., 06.07.2011, E. 2011/9952, K. 2011/628, DD, yıl: 41, sayı: 128, s. 391.

D. KANUNUN SOSYAL RİSK İLKESİYLE İLİŞKİSİ

Çalışmanın önceki kısımlarında da değinildiği üzere sosyal risk ilkesi, Türk idarî yargı kararlarına 80'li yılların sonunda başlayan ve giderek yoğunlaşan terör eylemlerinin yarattığı âcil ihtiyaçlar sebebiyle âdetâ “apar topar” girmiştir. Bu dönemde Danıştay, sosyal risk ilkesini, Fransa ve Almanya örnekleriyle tamamen ilgisiz bir biçimde, içtihadî, illiyet bağı aranmayan ve terör olaylarına has bir sorumluluk esası şeklinde kurgulayarak ne aslına sadık, ne de orijinal olabilen başarısız bir “reprodüksiyon”a imza atmıştır.

Genel gerekçesinde sosyal risk ilkesine yer verilen 5233 sayılı Kanunla birlikte Türk hukuku, terör riski bakımından, Fransa’da kitle hareketleri riskinin sosyalleştirilmesinde tercih edilen “yasal düzenleme” yöntemini benimsemiştir. Yapılan Kanun sayesinde “âcil ihtiyaçlar”ın ortadan kalkması, “sosyal risk ilkesi” kavramının da yargı kararlarından “girdiği hızda” çıkıp gitmesine sebep olmuştur. Zira Danıştay, Kanun öncesi dönemde yaptığı “cesur” fakat başarısız çıkıştan neredeyse tamamen vazgeçmiş ve hâkim sorumluluk anlayışının “güvenli” çizgilerinin gerisine çekilmiştir. Kanunun yürürlüğe girmesinden birkaç yıl öncesinden başlayarak Danıştay, terör eylemleriyle ilgili olarak açılan tam yargı davalarında ilk derece mahkemelerinin sosyal risk ilkesine başvurması hâlinde bu kararları “gerekçeli” onamakta ve hizmet kusuru yahut kusursuz sorumluluğa dayanılması gerektiğini belirtmektedir:

“(…) İdare mahkemesince, ...ın bulunduğu maddenin patlaması sonucu öldüğünün anlaşıldığı, olayda ülkemizin bu yöresinde yoğun şekilde yaşanan terör eylemlerinin devlete yönelik olduğu, sözü edilen eylemler nedeniyle ortaya çıkan olağanüstü zararların sosyal risk ilkesi gereği idarece tazmini gerektiği ...gerekçesiyle tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

...Dava ve temyiz dosyalarının birlikte incelenmesinden; davacıların çocukları ve kardeşleri olan ...ın çobanlık yapmakta iken Van ili, Başkale ilçesi, ... mevkiinde ... Komutanlığı pusu mevziine 350-400 metre mesafede bulunan ... eteklerinde ‘Norveç’ imali roketatarın patlaması sonucu öldüğü, ayrıca, silahın TSK ve Emniyet Genel Müdürlüğü envanterinde mevcut olduğu anlaşılmıştır...

Askerî tesislere çok yakın bir mesafede meydana gelen olayda, gerekli arama, tarama çalışmalarını yaparak çevreyi güvenli halde bulundurma yükümlülüğü bulunan davalı idarenin ihmâl ve kusuru neticesinde uğranılan zararın hizmet kusuru nedeniyle tazmini gerekmektedir.

Bu durumda, tazmini istenilen zararın meydana gelmesinde davalı idarenin hizmet kusuru nedeniyle tazminata hükmedilmesi gerekirken, sosyal risk ilkesi

*uyarınca tazminata hükmeden mahkeme kararında, sonucu itibariyle hukuka aykırılık görülmemiştir (...)*⁵¹⁰

*“(...) Dava ve temyiz dosyalarının birlikte incelenmesinden; İstanbul ili Beyoğlu İlçesi ... Caddesi üzerinde bulunan sokak lambalarına asılı çöp kutusuna ... tarihinde parça tesirli iki adet bomba konulduğu ve akabinde bombaların patladığı, daha sonra olayı gerçekleştirdiği ileri sürülen yasadışı örgüt üyesi bir kişinin yakalanarak cezaevine konduğu anlaşılmaktadır. Olayın oluş biçimi karşısında, tazminat isteminin amaç ve kapsamı yukarıda belirtilen ‘sosyal risk’ ilkesi ile değil, hizmet kusuru ilkesi esas alınarak incelenip irdelenmesi gerekmektedir (...)*⁵¹¹

Görüldüğü üzere Danıştay, 5233 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ve eskiden sosyal risk ilkesine hükmettiği birçok olayın bu Kanunla çözüme kavuşmasıyla birlikte önüne gelen olaylarda daha geniş bir hizmet kusuru araştırması yapmakta ve illiyet bağıını buna göre inşa etmektedir. Danıştay’ın son yıllardaki kararlarında sosyal risk ilkesine neredeyse hiç değinmemesi, bazı yazarlar tarafından bu ilkenin artık “tarih olduğu” biçiminde yorumlanmaktadır⁵¹².

5233 sayılı Kanunun sosyal risk ilkesini “ortadan kaldırdığı” iddiası, bu ilkenin teorik zeminine vâkıf olmamaktan kaynaklanan, iç içe geçmiş birçok yanlışlığın sonucudur. Bu yanlış algıyı gidermek için evvelâ şunu belirtmek gerekir: sosyal risk ilkesi ve risklerin sosyalizasyonu, yalnızca terör olaylarını değil, tabîî âfetleri, kitle hareketlerini ve gelecekte ortaya çıkması kuvvetle muhtemel başka yeni sosyal risk alanlarını ilgilendiren genel bir kavramdır. O hâlde 5233 sayılı Kanun, “sosyal risk ilkesine dayanılarak çıkarılmış bir kanun” olmakla birlikte “sosyal risk ilkesinin yasalaşmış hâli” değildir. Nitekim bu ilkeye dayanılarak başta kitle hareketleri olmak üzere birçok farklı konuda yeni düzenlemeler yapılması hâlen mümkündür.

5233 sayılı Kanun, sosyal risk ilkesinin Türk idarî yargı yerleri tarafından içtihadî bir ilke olarak yeniden geliştirilmesi imkânını da ortadan

⁵¹⁰ D.10.D., 15.10.2007, E. 2005/8677, K. 2006/5734, aktaran: KÖKSAL, Mustafa; “Sosyal Risk İlkesi Tarih mi Oluyor?”, **Terazi**, yıl: 5, sayı: 42, s. 100.

⁵¹¹ D.10.D., 21.11.2001, E. 99/5543, K. 2001/4030. “... Buna göre, insanların sürekli kullanımında bulunan bir alanda patlamamış bombanın bulunmasında davalı idarenin güvenlik hizmetinin yeterince işlememesi nedeniyle hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varılmıştır... açıklanan nedenlerle, ...kararın ...kısımının bozulmasına, ...kısımının onanmasına ... oybirliğiyle karar verilmiştir.” D.10.D., 22.05.2009, E. 2006/7309, K. 2009/4696. Benzer kararlar için bkz. D.10.D., 25.03.2009, E. 2006/2008, K. 2009/2238; D.10.D., 17.10.2006, E. 2003/5937, K. 2006/5734; D.10.D., 18.03.2008, E. 2006/1995, K. 2008/1223 (aktaran KÖKSAL, Sosyal Risk, s. 102-103); D.10.D., 29.01.2007, E. 2004/7285, K. 2007/212, DD, sayı: 115, s. 332.

⁵¹² KÖKSAL, Sosyal Risk, s. 105.

kaldırmamıştır. Zira bir önceki başlıkta görüldüğü üzere, terör eylemlerinden kaynaklandığı hâlde 5233 sayılı Kanunun kapsamı dışında kalan zararlar mevcuttur. Bu zararlar bakımından sosyal risk ilkesine içtihadî bir sorumluluk esası olarak yer verilebilir. Ayrıca henüz Fransa'daki gibi yasal düzenleme yoluna gidilmeyen kitle hareketleri ve tabîî âfetler gibi sosyal risk alanları da Türk idarî yargısını özgün ve öncü kılacak yeni bir sosyal risk yaklaşımının inşa edilmesi için uygun bir zemin sunmaya devam etmektedir.

SONUÇ

İdarenin sorumluluğu, esas itibariyle özel hukuktaki klâsik sorumluluk anlayışının kamu hukuku alanına aktarılmasıyla ortaya çıkmıştır. Ne var ki kamu hukuku, konusu, temel prensipleri ve özellikleri ile özel hukuktan neredeyse tamamen farklı ve özgün bir hukuk alanıdır. Hâl böyle olunca kamu hukukunun kendine has sorun ve ihtiyaçlarının özel hukuktaki klâsik sorumluluk anlayışıyla karşılanması aslında sözü edilen “aktarım”ın ilk anından beri mümkün ol(a)mamış, özel hukukta sübjektif kınanabilirliği ifade eden “kusur” kavramı, idare hukukunda bağımsız, anonim ve görece nesnel mahiyetteki “hizmet kusuru”na inkılâp etmiştir.

18. ve 19. yüzyıldaki teknolojik gelişmelerin getirdiği özel ve olağanüstü zararlar, fâilden ziyade mağdura odaklanmayı gerektirmiş ve sübjektif kınanabilirliğin önemini ortadan kaldırmıştır. Bu tür zararların karşılanabilmesi için geliştirilen kusursuz sorumluluk teorisi, klâsik sorumluluk unsurlarından “kusur”u elimine ederek hem özel hukuk, hem de kamu hukukunda uygulama alanı bulmuştur.

Kusursuz sorumluluk teorisi, uygulamadaki başarısını zarar unsurunda bazı ek nitelikler aramasına ve illiyet bağı unsurunu muhafaza etmesine borçludur. Zira herhangi bir zararın karşılanabilmesi için klâsik sorumluluk unsurlarından biri yahut ikisi törpüleniyor (genişletiliyor) veya tamamen ortadan kaldırılıyorsa, geri kalan unsurların üzerine eğilerek bunlar bakımından bazı ek kriterler öngörmek zarurîdir. Söz konusu “teorik tahkimat”a gereken emek sarf edilmeden ortaya atılan yaklaşımlar, “kamusal sigorta” veya “sosyal yardımlaşma” düşünceleri olarak kalacak ve içtihadî bir sorumluluk ilkesine dönüşemeyecektir.

İdareyle doğrudan illiyet bağı kurulamayan ve kişilerin sırf toplumun bir üyesi olmak itibariyle uğradığı fevkalâde zararların devlet tarafından karşılanmasını (topluma yayılmasını) öngören sosyal risk yaklaşımı, Fransa’da ilk kez savaş zararları ve kitle hareketleri bakımından gündeme gelen ve yasal düzenlemelere kaynaklık eden bir düşüncedir. Yani Fransız idarî yargı yerleri, kararlarında müstakilen “sosyal risk” adında bir ilkeye

dayanmamakta, yasal düzenlemeler açıkça öngörmediği sürece idareyle arasında direkt sebep-sonuç ilişkisi bulunmayan zararlardan ötürü idareyi sorumlu tutmamaktadır. Bu yüzden Fransa’da gerek tabîî âfetlerin, gerek kitle hareketlerinin, gerekse terör olaylarının doğurduğu zararlar, ilgili özel kanunların öngördüğü farklı sistemler çerçevesinde karşılanmaktadır.

Sosyal risk ilkesi, 90’lı yılların başında yoğunlaşan terör zararları sebebiyle, Türk uygulamasına içtihadî bir sorumluluk esası gibi dâhil edilmeye çalışılmış ve yargı yerleri tarafından “kusursuz sorumluluğun illiyet bağı aranmayan istisnâî bir türü” olarak düşünülmüştür. Türk idarî yargısının bu dönemde idarenin sorumluluğuna hükmederken kusur ve illiyet bağı unsurlarını aramadan yalnızca muhayyel bir “sosyal risk ilkesi”ne dayanması, sorumluluk hukukunun temel mantığıyla çeliştiği gerekçesiyle doktrinde oldukça sert tenkitlere tâbi tutulmuştur. 2004 yılında yürürlüğe giren 5233 sayılı Kanun, terör zararlarıyla ilgili mevcut ihtiyacı Fransa’da olduğu gibi “yasal düzenleme” yoluyla giderince, idarî yargı yerleri hâkim sorumluluk anlayışının çizdiği sınırların gerisine “çekilmiş” ve sosyal risk ilkesini müstakil bir sorumluluk ilkesi olarak kullanmaktan büyük ölçüde vazgeçmiştir.

Mevcut sorumluluk anlayışını zorlayan sosyal risk zararları, ya ortaya çıkan her bir sosyal risk türü için ayrı yasal düzenlemeler getirmek yahut bu zararların doğrudan yargı yoluyla tazmin edilmesini sağlayacak yeni ve özgün bir içtihat geliştirmek suretiyle karşılanabilir. Fransız hukuku bu konuda ilk çözüm yolunu benimsemiş görünmektedir. Türk uygulamasının henüz sadece terör zararları bakımından benimsediği bu çözüm yolu, gelecekte –belki de şu an hiç tahmin edilemeyen bir sebeple- ortaya çıkacak yeni sosyal risk zararları bakımından yargı organlarını “pasifleştirecek” ve ihtiyacı karşılayacak yeni kanunlar çıkarılıncaya kadar her seferinde mağdurları korumasız bırakacaktır.

Gerek 5233 sayılı Kanun’un kapsamına girmeyen terör zararları, gerekse kitle hareketleri gibi henüz hakkında yasal bir düzenleme bulunmayan diğer sosyal risk faktörlerinden doğan zararlar, Türk idarî yargısına sosyal risk zararlarını kapsayacak orijinal bir sorumluluk anlayışı

geliştirmek bakımından “serbest” bir alan sunmaktadır. Okuduğunuz çalışma, bu alanın nasıl doldurulabileceği konusu üzerinde de durmuş ve şu neticelere varmıştır:

- İlliyet bağı, özel hukuk ve ceza hukukunda –bu alanların hitap ettiği sosyal realiteler gereği- daralma eğilimi gösterse de teorik temeli itibariyle oldukça belirsiz ve somut ihtiyaçlar muvacehesinde geniş yorumlanmaya müsait bir kavramdır. İdare hukuku uygulaması, daha önce kusur unsurunda yapıldığı gibi illiyet bağı bakımından da özel hukukla “yollarını ayırmalı” ve sosyal risk zararlarının herhangi bir kamu hizmetinin “ilgi alanında” ortaya çıkmış olmasını bu unsurun varlığı bakımından yeterli görmelidir.
- Kitle hareketleri ve terör olayları gibi sosyal riskler neticesinde ortaya çıkan ağır ve infial uyandırıcı zararlar, idarenin “bir şeyleri bir yerde yanlış yaptığını” gösteren “kesin karine” niteliğinde olgulardır. Bu bakımdan idarî yargı yerleri, sosyal risk zararları bakımından fiilî ve kesin bir kusur karinesi benimsemelidir.
- İdarî yargı yerleri, önerilen bu yeni yaklaşımın keyifleşerek bir tür kamusal sigortaya dönüşmemesi için sorumluluğun zarar unsurunu tahkim etmeli, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için bu unsorda “özel” ve “olağandışı” olmanın ötesinde daha net ve eleyici kriterler aramalıdır.
- Geliştirilmesi önerilen bu yeni yaklaşım, tıpkı kusursuz sorumluluk teorisi gibi “tamamlayıcı” nitelikte görülmeli, idareyle -bilinen anlamda- illiyet bağı kurulabilen zararlar bakımından hizmet kusuru ilkesi, idarenin birincil sorumluluk esası olarak kullanılmaya devam etmelidir.

KAYNAKÇA

- “Indemnisation Catastrophes Naturelles”, (Fransa Çevre, Sürdürülebilir Kalkınma ve Enerji Bakanlığı Resmî İnternet Sitesi – Bilgi Notu), Erişim: <http://www.developpement-durable.gouv.fr/Indemnisation-catastrophes.html>, (13 Temmuz 2013).
- ABİK, Yıldız; “Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu”, **EÜHFD**, Yıl: 2010, Cilt: XIV, Sayı: 3-4, s. 145-186.
- AIBLON, İlai; “Gazali’nin Sebeplilik Görüşü”, (Çeviren: Rabia Geçdoğan), **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, XLIX (2008), sayı: II, s. 385-398.
- AKPINAR, Mahmut / YEŞİLBAŞ, Mehmet; “Sosyal Risk İlkesi Bağlamında Devletin Objektif Sorumluluğu ve 5233 Sayılı Kanunun Pratiği”, **E-Akademi**, sayı: 115, Eylül 2011.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil; **Türk İdare Hukuku**, Ankara 2012.
- AKYILMAZ, Bahtiyar; “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, **GÜHFD**, cilt IX, sayı: 1-2, s. 181-208.
- AKYILMAZ, Bahtiyar; **Kamu Görevlilerinin Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Konya 1991.
- ALTAY, Şakir; **Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü**, Ankara 1983.
- ARMAĞAN, Tuncay; **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Ankara 1997.
- ASLAN, Metin; “İdarenin Terör Eylemlerinden Doğan Zararlardan Dolayı Sorumluluğu”, **Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı**, (İstanbul Barosu, Türk Ceza Hukuku Derneği), İstanbul 2007, s. 229- 243.
- ASLAN, Yasin; “Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 68, Sayı: 2010/2, s. 233-246.

- ATAK, Başak; **Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılmasında İdarenin Sorumluluğu**, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2010.
- ATAMAN, Hakan; “Bomba Felsefesinin Dönüşü”, Radikal, (15 Ocak 2006), Erişim: http://www.radikal.com.tr/radikal2/bomba_felsefesinin_donusu-873388 (27.07.2013).
- ATAY, Ender Ethem / ODABAŞI, Hasan; **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara 2010.
- ATAY, Ender Ethem; “İdarenin Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara 2006.
- ATAY, Ender Ethem; **İdare Hukuku**, Ankara 2009. (İdare).
- ATEŞ, Mustafa; “Çevre Kanununa Göre Çevre Kirlenmesinden Doğan Hukukî Sorumluluk”, **Ankara Barosu Dergisi**, sayı: 1995/2, s. 68-80.
- AUBY, Jean-Bernard; “Le Droit Administratif dans la Société du Risque”, **Le Rapport Public 2005 du Conseil d’État**, Paris 2005, s. 351-357, Erişim: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000185/0000.pdf>, (13.07.2013).
- AVCI, Âdem; “Terörizm Açısından Devletin Sorumluluğu”, **EÜHFD**, cilt: XIV, sayı: 3-4, s. 69-88.
- AYANOĞLU, Taner; “Kolluk Faaliyetleri Nedeniyle Meydana Gelen Zararlar ve Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi”, **İHİD**, yıl: 16, (Ocak 1995), s. 5-10.
- AYBAY, Aydın / AYBAY, Rona; **Hukuka Giriş**, İstanbul 2006.
- AZRAK, Ali Ülkü; “İdarenin ‘Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı’na Göre Kusursuz Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu** (Ankara 12-13 Mayıs 1979), İstanbul 1980, s. 135-150.
- BAL, Yakup / ŞAHİN, Yahya / KARABULUT, Mustafa; **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Ankara 2003.

- BAŞPINAR, Recep; “Tam Yargı Davaları”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara 1986.
- BAŞPINAR, Veysel / ALTUNKAYA, Mehmet; “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, **AÜHFD**, cilt: 57, yıl: 2008, sayı: 1, s. 95-131.
- BORGHETTI, Jean-Sébastien, “The Culture of Tort Law in France”, **Journal of European Tort Law**, vol.: 3, issue: 2, s. 158-182.
- CAMGUILHEM, Benoit; **Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif**, (Doktora Tezi), Université Panthéon-Assas, Novembre 2012.
- CHAPUS, René; **Droit Administratif Général**, (cilt: I), Paris 2000.
- CHAPUS, René; **Responsabilité Publique et Responsabilité Privée**, Paris 1957.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan; **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Ankara 2007. (Sorumluluk).
- ÇAĞLAYAN, Ramazan; **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, Ankara 2004.
- ÇAKMAK, Necip; “Afet Yönetimiyle İlgili Bilgi Notu”, **Yerel Yönetim ve Denetim**, cilt: 6, sayı: 6 (Haziran 2001), s. 21-23.
- ÇELİK, Haşim Cem; “Heisenberg, Nedensellik ve Determinizm”, **Felsefe Dergisi**, sayı: 4, s. 123-134.
- ÇELİKKOL, Hüseyin; “İdarenin Objektif Sorumluluğu”, **İzmir Barosu Dergisi**, yıl: 1985, sayı: 2.
- ÇOBAN, Ayşegül; “Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi”, **SÜHFD**, yıl: 2003, cilt: 11, sayı: 1-2, s. 319-337.
- ÇOKER, Ziya; “Doğal Afet Yönetimi”, **Türk İdare Dergisi**, yıl: 73, sayı: 433 (Aralık 2001), s. 1-35.
- DERBİL, Süheyp; **İdare Hukuku**, Ankara 1959.

- DEUTSCH, Erwin; “Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri”, (Çeviren: Şeref ERTAŞ), **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, yıl:2, sayı:2, s. 245-259.
- DUEZ, Paul; **Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mesuliyeti**, (çeviren: İbrahim SENİL), Ankara 1950.
- DURAN, Lütfi; **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Ankara 1984. (Türkiye İdaresinin).
- DÜREN, Akin, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara 1979.
- ERDOĞAN, Mehmet Şirin / ATALAY, Ezgi; “Tehlike Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2004/3, s. 27-54.
- EREM, Faruk; “Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin”, **AÜHFD**, (1968), s. 1-21.
- EREN, Fikret; **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara 1975.
- EROĞLU, Hamza; **İdare Hukuku**, Ankara 1985.
- ESER, Ercan; **İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk**, (Doktora Tezi), Ankara 2007.
- ESİN, Yüksel; **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları**, (İkinci Kitap: Esas), Ankara 1976. (Esas).
- EVREN, Çınar Can, “Hizmet Kusuru-Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni”, **TBBD**, yıl: 2011, sayı: 95, s. 175-196.
- EVREN, Çınar Can; “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, **GÜHFD**, cilt: XIV, yıl: 2010, sayı:1, s. 263-297.
- FROMONT, Michel; “La Responsabilité de l’État en Droit Français”, <http://www.dgpj.mj.pt/DGPJ/sections/home>, (Erişim: 05.03.2013).
- GENÇ, Fatma Neval; “Doğal Afet Riskleri Açısından Türkiye’de Kentleşme”, **Türk İdare Dergisi**, yıl: 80, sayı: 459, (Haziran 2008), s. 81-100.
- GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev; **İdari Kaza** (Teksir), İstanbul 1972.

- GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa Ağustos 2011. (İdare Hukuku).
- GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku**, (cilt: II), Bursa 2003. (İdare).
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut; **İdare Hukuku (Cilt:1, Genel Esaslar)**, Ankara 2008.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, **AÜSBFD**, cilt: 50, sayı: 3-4, s.193-199.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; **Yönetim Hukuku**, Ankara 2005.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; **Yönetmelik Yargı**, Ankara 2008. (Yargı).
- GÖZÜBÜYÜK, Pulat Abdullah; **Sözleşmelerin Fesih ve Tadili Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller**, Ankara 1945.
- Grand Larousse Encyclopédique**, Tome: IV, Librairie Larousse, Paris 1961.
- GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, Ankara 2011. (İdare).
- GÜRAN, Sait, “İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu**, İstanbul 1982.
- HAURIOU, Maurice; **La Jurisprudence Administrative (de 1892 á 1929)**, Tome: I, Paris 1931.
- HONER, Stanley M. / HUNT, Thomas C.; “Felsefe ve İnsan Doğası”, (Çeviren: Hasan Ünder), **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**, cilt: 23, sayı: 2, s. 807-825.
- HONIG, R.; “İlliyyet Nazariyesine Dair”, (Çeviren: M. Yavuz Abadan), **İÜHFM**, yıl: 1936, cilt: 2, s. 169-188.
- İMRE, Zahir; “Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri”, **İÜHFM**, sayı:4, s. 1475-1536.
- İYİMAYA, Ahmet; “Sorumluluk Hukuku Yönünden Gelişim Kusuru”, **Ankara Barosu Dergisi**, yıl: 1985, sayı: 5-6, s. 686-693.

JEANNEAU, Benoît; **Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Administrative**, Paris 1954.

KARAHASAN, Mustafa Reşit; **Sorumluluk Hukuku**, (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), Ankara 2003.

KARAKAŞ, Fatma; “Sosyal Risk Teorisine Göre İdarenin Sorumluluğu”, **Legal Hukuk Dergisi**, yıl: 2004, cilt: 2, sayı: 13, s. 49-58.

KAYA, Cemil; “Avrupa Konseyi’ndeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşıllanması Hakkında Kanun”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, cilt: 3, yıl: 2007, no: 10, s. 25-42.

KELSEN, Hans; “Nedensellik ve İsnadiyet”, (Çeviren: Zeki Hafızoğulları), **AÜHFD**, yıl: 1978, cilt: 35, sayı:1, s. 219-233.

KESKİN, Aybek; **Türkiye’de Terör Sorunu ve Sosyal Politika Stratejileri Açısından Çözümleri**, (Yüksek Lisans Tezi), Sakarya 2007.

KEVEK GÖG, Sevdâ; **La Theorie de la Responsabilité Sans Faute de la Puissance Publique en Droit Administratif Français**, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2001.

KIRTEPE, Ahmet; “5233 Sayılı Yasa Kapsamında Sosyal Risk İlkesi Gereğince Karşılancak Zararlar ve İdarenin Sorumluluğunun Sınırları”, **Terazi**, yıl: 5, sayı:43 (Mart 2000), s. 145-155.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz; “Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, sayı: 2 (1984), s. 177 vd.

KORKMAZ, Kadir; “AYİM Kararları Işığında Askeri Hizmetin Yürütülmesi Esnasında Askeri Personelin Karşılaştığı Bireysel Zararlardan İdarenin Kusursuz sorumluluğu Esasları”, **GÜHFD**, cilt: XIV, yıl: 2010, sayı: 1, s. 369-388.

KORKUSUZ, Refik; “Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2009.

- KÖKSAL, Mustafa; “Risk İlkesinin İdareye Yüklediği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları”, **TBB Dergisi**, yıl: 2009, sayı: 85, s. 241-272.
- KÖKSAL, Mustafa; “Sosyal Risk İlkesi Tarih mi Oluyor?”, **Terazi**, yıl: 5, sayı: 42, s. 87-106.
- KÖKSAL, Mustafa; “Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların İdarece Karşılama Usulü”, **Terazi**, yıl:4, sayı:36, Ağustos 2009, s. 89-101.
- KÖKSAL, Mustafa; “Yasal Düzenlemeler ve İçtihatlar Işığında Terör Zararlarının İdarece Karşılama Sorunu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, cilt: 1, yıl: 1, sayı: 3, s. 363-408.
- KUNTALP, Erden / BARLAS, Nami / AYANOĞLU MORALI, Ahu / ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin / İPEK, Mehtap / YAŞAR, Mert / KOÇ, Sedef; **Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler**, İstanbul 2005.
- KURBAN, Dilek; **Strasbourg Court Jurisprudence and Human Rights in Turkey: An Overview of Litigation, Implementation and Domestic Reform**, (JURISTRAS State of the Art Report), Erişim: <http://www.juristras.eliamap.gr/wp-content/uploads/2008/09/turkey.pdf> (06.08.2013).
- KUTLU, Meltem; “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”, **Amme İdaresi Dergisi**, cilt: 32, sayı: 4, s. 15-27.
- LAUBADÈRE, André de / VENEZIA, Jean-Claude / GAUDEMET, Yves; **Droit Administratif**, Paris 1995.
- LOCHAK, Danièle; “Réflexion sur les Fonctions Sociales de la Responsabilité Administrative”, **Le Droit Administratif en Mutation**, Erişim:http://www.upicardie.fr/labo/curapp/revues/root/31/daniele_lochak2.pdf_4a07e074e1fdd/daniele_lochak2.pdf, (14.01.2013).
- LOMBARD, Martine; **Droit Administratif**, Dalloz, Paris 2001.
- LONG, M. / WEIL, P. / BRAIBANT, G. / DEVOLVE, P. / GENEVOIS, B.; **Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative**, 11^e édition, Paris 1996.

- MAZÈRES, Jean -Arnaud; “Recherche sur les Fondements Méta-éthiques de la Responsabilité”, **Vers de Nouvelles Normes en Droit de la Responsabilité Publique?** Paris 2001, s. 321-348.
- MERT, Nuray; “Sosyal Risk Sadakası”, **Radikal**, 21.08.2001.
- NOLL, Andreas; “Sosyal Medyanın Arap Baharındaki Rolü”, Çeviren: Hülya Köylü, Deutsche Welle Türkçe, Erişim: <http://www.dw.de/dw/article/0,,15175703,00.html>, (07.05. 2013).
- ODENT, Raymond; **Contentieux Administratif**, Fascicule: III, Paris 1971.
- ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, İstanbul 1966.
- OYTAN, Muammer; **Hizmet Kusuru Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep Anlayışındaki Gelişmeler**, Ankara 1999.
- ÖKTEM, Ülker; “David Hume ve Immanuel Kant’ın Kesin Bilgi Anlayışı”, **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi**, 44, 2(2004), s. 29-55.
- ÖZAY, İl Han; **Günışığında Yönetim**, İstanbul 2004.
- ÖZBEK, Zeynep Uyar, **Türk Hukukundaki Kusursuz Sorumluluk ve Tehlike Sorumluluğu Halleri**, (Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır 2009.
- ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara 2005.
- ÖZDAĞ, Ümit / KALENDAROĞLU, Sibel; “Ortadoğu’ya İkinci Kez Hoş Geldin veya Reyhanlı Saldırıları”, **21. Yüzyıl Türkiye Enstitüsü**, 13.05.2013, Erişim: <http://www.21yyte.org/arastirma/milli-guvenlik-ve-dis-politika-arastirmalari-merkezi/2013/05/13/6997/ortadoguya-ikinci-kez-hos-geldin-veya-reyhanli-saldirilari>, (14.05.2013).
- ÖZDEN MERHACI, Selin; “Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmâl Dayanan Haksız Fiiller”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/4, s. 179-206.
- ÖZERDEM, Alpaslan / BARAKAT Sultan; “After The Marmara Earthquake: Lessons for Avoiding Short Cuts to Disasters”, **Third World Quarterly**, vol.: 21, no: 3, s. 425-439.

- ÖZGÖKÇELER, Serhat; “Genişleyen Sosyal Politika Disiplininde Sosyal Risk Yönetimi”, Erişim: http://www.academia.edu/2326193/Genisleyen_Sosyal_Politika_Disipliniinde_Sosyal_Risk_Yonetimi, (30.03.2013).
- ÖZGÜLDÜR, Serdar; **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Ankara 1996.
- ÖZKARSLI, Oğuz; **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Risk İlkesi**, (Yüksek Lisans Tezi), Afyonkarahisar 2008.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil; **İdare Hukuku Ders Notları** (Teksir), Ankara 1973.
- POCHARD, Marcel; “L’indemnisation des Victimes sur le Fondement du Principe de la Solidarité Nationale”, **La Indemnización a las Víctimas**, Erişim: <http://190.24.134.67/pce/memorias/indemnizacion%20victimas.pdf>, (13.07.2013).
- PONTIER, Jean-Marie; “La Responsabilité Administrative”, s.4, Erişim: <http://www.ntpu.edu.tw/files/event/20081127144718.pdf>, (21.02.2013).
- RIVERO, Jean; **Droit Administratif**, Paris 1970.
- SARICA, Ragıp; “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, cilt: XV, sayı: 4, s. 858-895.
- SARICA, Ragıp; “İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları”, **İÜHF**, Cilt: X, sayı: 3-4 (1945), s. 486-514.
- SARICA, Ragıp; **İdarî Kaza**, İstanbul 1949.
- SENNETT, Richard; **Karakter Aşınması**, Çeviren: Barış Yıldırım, İstanbul 2011.
- SEVGİLİ, Didem; **La Responsabilité de l’Etat et des Collectivités Territoriales: Les Problèmes d’Imputabilité et de Répartition**, (Doktora Tezi), Lyon 2011.
- SEYYAR, Ali; **Sosyal Siyaset Terimleri**, İstanbul 2002.

- SINAR, Hasan; “Türk Hukukunda Doğal Afetlerden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Üzerine Notlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt: I, 2010/1, (Köksal Bayraktar’a Armağan), s. 873-885.
- SUAREZ, Marcial Garcia; **Twenty-first Century Terrorism: The Definitional Problem of Complex Political Environments**, Erişim: http://belfercenter.hks.harvard.edu/files/Suarez_FINAL.pdf (27.07.2013).
- ŞEN, Cemalettin; **İslam Hukukunda Kasame**, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1996.
- ŞİMŞİRGİL, Ahmet / EKİNCİ, Ekrem Buğra; **Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle**, İstanbul 2007.
- TAN, Turgut; **İdare Hukuku**, Ankara 2011.
- TANDOĞAN, Halûk; **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara 1981. (Sorumluluk).
- TANDOĞAN, Halûk; **Türk Mes’uliyet Hukuku**, İstanbul 1961, (Mesuliyet).
- TAŞPINAR, Sema; “Fiilî Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, **AÜHFD**, cilt: 45, sayı: 1-4, 1996 [1998], s. 533-572.
- TEKEK, Murat; “Sosyal Medya ve Arap Baharı”, Erişim: <http://www.orsam.org.tr/tr/yazigoster.aspx?ID=2964>, (07.05.2013).
- TÖLE; Harun Mustafa, **Immanuel Kant’ta Özgürlük ve Sorumluluk İlişkisi**, (Yüksek Lisans Tezi), Denizli 2005.
- Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, Ankara 2005.
- ULUSAN, İlhan; “Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, **İÜHFM**, Yıl: 77, Cilt: 43, Sayı: 1-4, s.101-130.
- ULUSAN, İlhan; **Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, İstanbul 1977.
- ÜÇİŞİK, Güzin; “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2009, s. 127-146.

VARLI, Tuncay; “Yaşam Hakkının İhlâl Edildiği Durumlarda İdarenin Hukukî Sorumluluğu Prensibinin Danıştay Uygulamaları”, Yüksek Yargı Organlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi, 2. Yuvarlak Masa Toplantısı, (14-16 Nisan 2010).

VEDEL, Georges; **Droit Administratif**, Paris 1973.

WALINE, Marcel; **Droit Administratif**, Paris 1951.

YALÇINER, Serhan; “Soğuk Savaş Sonrası Uluslararası Terörizmin Dönüşümü ve Terörizmle Mücadele”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, yıl: 2, sayı: 4, (Güz 2006), s. 98-119.

YALÇINKAYA, Timuçin; “Risk ve Belirsizlik Algılamasının İktisadi Davranışlara Yansımaları”, **Muğla Üniversitesi İİBF Tartışma Tebliği**, No:2004/05, Muğla 2004.

YAMAN, Murat; “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, Ankara 2003, sayı: 18, s. 91 vd.

YAVAŞ, Hikmet; “Doğal Afetler ve Kriz Yönetimi”, **Yerel Yönetim ve Denetim**, cilt: 6, sayı: 2, (Şubat 2001), s. 50-55.

YAYLA, Yıldızhan; “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, (Ankara 12-13 Mayıs 1979), İstanbul 1980, s. 45-60. (Mücbir Sebep).

YAYLA, Yıldızhan; **İdare Hukuku**, İstanbul 2009. (İdare).

YILDIRIM AKKAYAN, Ayça; “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, **İÜHFM**, Cilt: LXX, Sayı: 1 (2012), s. 203-220.

YILDIRIM, Turan; **İdari Yargı**, İstanbul 2010.

YILMAZ, Ejder; **Hukuk Sözlüğü**, Ankara 2004.

- YILMAZ, Süleyman; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler”, **AÜHFD**, 59 (3) 2010, s. 551-578.
- YUMUK, Hamit; **İdarî Yargıda Tazminat Davası**, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2005.
- ZABCI ÇULHA, Filiz; “Sosyal Riski Azaltma Projesi: Yoksulluğu Azaltmak mı, Zengini Yoksuldan Korumak mı?”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 58-1, s. 215-239.
- ZİLELİOĞLU, Hilâl; “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, **AÜHFD**, Yıl: 1987, Cilt: 39, sayı: 1-4, s. 241-264.

