

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

**TERÖRLE MÜCADELEDEN DOĞAN ZARARLARIN
KARŞILANMASINDA İDARENİN SORUMLULUĞU**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Başak ATAĞ**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Murat SEZGİNER**

Ankara- 2010

ONAY

Başak Atak tarafından hazırlanan “Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanmasında İdarenin Sorumluluğu” başlıklı bu çalışma, [13.07.2010] tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda (*oybirliği*) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim/ İdare Hukuku Bilim dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

.....

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Başkan)

.....

Prof. Dr. Murat SEZGİNER (Danışman)

.....

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ (Üye)

ÖNSÖZ

Terör ve terörle mücadele, ülkemiz için en önemli sorunlardan biri olmuş; vatandaşlarımızı çok büyük maddi ve manevi zarara uğratmıştır. Kişilerin can ve mal güvenliğini korumakla yükümlendirilen devlet, uğradıkları bu zararların vatandaşlar üzerinde bırakılmaması için gerekli düzenlemeleri yapmak zorundadır. Çalışmamızda da devletin bu yükümlülüğü karşısında terör eylemleri ve terörle mücadeleden doğan zararların, idarenin sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi esas alınmıştır.

2004 yılında 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra konuyla ilgili yeni çalışmaların yapılmamış olması, tezin yazılmasında etkili olmuştur. Yargı içtihatları ve son yıllarda yapılan kanuni düzenlemelerle terör eylemleri ve terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetlerden doğan zararların karşılanmasında ortaya çıkan sorunlar ve çözüme yönelik öneriler ele alınarak kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesi sürecinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Çalışmamda değerli katkıları için tez danışmanım Prof. Dr. Murat Sezginer'e, jüri üyelerim Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz ve Prof. Dr. Ali Akyıldız'a, anlayışlarından dolayı aileme ve büyük desteğini gördüğüm arkadaşlarıma teşekkürlerimi sunuyorum.

İÇİNDEKİLER

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

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARE HUKUKUNDA SORUMLULUK

I. İDARE HUKUKUNDA SORUMLULUK KAVRAMI.....	4
A. Genel Olarak Sorumluluk.....	4
B. İdarenin Sorumluluğunun Temeli.....	5
C. İdarenin Sorumluluğunun Kapsamı.....	7
D. İdarenin Sorumluluğunun Tarihi Gelişimi.....	8
1. Genel Olarak İdarenin Sorumluluğunun Tarihi Gelişimi.....	8
a. İdarenin Sorumsuz Olduğu Dönem.....	9
b. İdarenin Sorumluluğunun Kabul Edildiği Dönem.....	9
(1) Kusur Sorumluluğunun Kabulü ve Conseil d'Etat Kararları.....	10
(2) Kusursuz Sorumluluğun Gelişmesi ve Conseil d'Etat Kararları.....	12
2. Türk Hukukunda İdarenin Sorumluluğunun Gelişimi.....	13
a. Osmanlı İmparatorluğu Dönemi.....	13
b. Cumhuriyet Dönemi.....	15
II. İDARENİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI.....	18
A. Eylem.....	18
B. Zarar.....	20
1. Zararın Çeşitleri.....	20
a. Maddi Zarar- Manevi Zarar.....	20

b. Fiili Zarar- Yoksun Kalınan Kâr	21
c. Doğrudan Zarar- Dolaylı Zarar.....	21
2. Zararın Özellikleri.....	22
a. Zarar Gerçek ve Kesin Olmalıdır.....	22
b. Zarar Parayla Ölçülebilir Nitelikte Olmalıdır.....	22
c. Zarar Özel Nitelikte Olmalıdır.....	23
d. Zarar Hukuken Korunan Bir Duruma Yönelik Olmalıdır.....	23
C. İliyet Bağı.....	24
1. İdarenin Sorumluluğunun Şartı Olarak İliyet Bağı.....	24
2. İliyet Bağının Kesilmesi ve Sorumluluğu Etkileyen Haller.....	24
a. Mücbir Sebep.....	25
b. Beklenmeyen Hal.....	26
c. Zarar Görenin Davranışı.....	26
d. Üçüncü Kişinin Davranışı.....	27
D. Zararın Tazmini Ve Tazminatın Hesaplanması.....	27
1. Maddi Tazminatın Hesaplanması.....	28
a. Mala İlişkin Zararlarda Maddi Tazminat.....	30
b. Cismani Zararlarda Maddi Tazminat.....	31
c. Ölüm Nedeniyle Maddi Tazminat.....	32
2. Manevi Tazminatın Hesaplanması.....	33
a. Ölüm Nedeniyle Manevi Tazminat.....	34
b. Cismani Zararlarda Manevi Tazminat.....	34
c. Kişilik Haklarının İhlalinde Manevi Tazminat.....	35
III. İDARENİN SORUMLULUĞUNUN ÇEŞİTLERİ.....	36
A. İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu.....	36
1. Hizmet Kusuru İlkesi.....	36
a. Hizmet Kusuru Kavramı.....	37
b. Hizmet Kusuru İlkesinin Özellikleri.....	38
c. Hizmet Kusuru Sayılan Haller.....	39
(1) Hizmetin Kötü İşlemesi.....	40
(2) Hizmetin Geç İşlemesi.....	41

(3) Hizmetin Hiç İşlememesi.....	43
d. Kusurun Derecelendirilmesi ve Kanıtlanması.....	44
2. Kişisel Kusur İlkesi.....	47
a. Kişisel Kusur Kavramı.....	47
b. Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusur Arasındaki İlişki.....	49
c. Kamu Görevlisine Rücu Sorunu.....	50
B. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu.....	51
1. Kavram Olarak İdarenin Kusursuz Sorumluluğu.....	51
2. İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Özellikleri.....	52
3. İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Şartları.....	53
a. Eylem.....	53
b. Zarar.....	54
c. İlliyet Bağı.....	55
4. Kusursuz Sorumluluk İlkeleri.....	56
a. Risk İlkesi.....	57
(1) Tehlikeli Şeylerin Kullanımı.....	58
(2) Tehlikeli Yöntemler.....	59
(3) Tehlikeli Durumlar.....	59
(4) Mesleki Risk.....	60
b. Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi.....	61
c. Sosyal Risk İlkesi.....	62

İKİNCİ BÖLÜM

SOSYAL RİSK İLKESİ OLARAK TERÖRLE MÜCADELEDEN KAYNAKLANAN ZARARLAR VE İDARENİN SORUMLULUĞU

I. SOSYAL RİSK OLARAK TERÖRLE MÜCADELE.....	63
A. Terör Ve Terörle Mücadele.....	63
1. Terörizmle İlgili Tanımlar.....	63
2. Terörizmin Amacı ve Özellikleri.....	67
3. Terörizmin Nedenleri.....	68

4. İnsan Hakları Açısından Terörizm.....	70
5. Terörle Mücadeleye İlişkin Düzenlemeler.....	71
a. Terörle Mücadelede Temel Yöntemler.....	72
b. Terörle Mücadelenin Uluslararası Boyutu.....	73
(1) Birleşmiş Milletlerin Terörle Mücadeledeki Çalışmaları.....	74
(2) Avrupa’da Terörle Mücadele Çalışmaları.....	76
c. Türkiye’de Terörle Mücadele.....	77
(1) Türkiye’nin Terörle Mücadele Geçmişi.....	78
(2) Türkiye’de Terörle Mücadeleye İlişkin Düzenlemeler..	79
i. 1982 Anayasası.....	80
ii. 2935 sy. Olağanüstü Hal Kanunu ve 1402 sy. Sıkıyönetim Kanunu.....	80
iii. 3713 sy. Terörle Mücadele Kanunu.....	81
iv. 5952 sy. Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun.....	83
v. Diğer Düzenlemeler.....	83
B. Sosyal Risk İlkesi.....	84
1. Sosyal Risk Kavramı.....	85
2. Sosyal Risk İlkesinin Temeli ve Sınırları.....	86
3. Sosyal Risk İlkesinin Özellikleri.....	87
a. İliyet Bağının Aranmaması.....	88
b. Sorumluluğun İdareye Yüklenebilmesi.....	89
c. Zararın Bir Arada Yaşamanın Kaçınılmaz Sonucu Olması..	89
4. Sosyal Risk İlkesinin Diğer Sorumluluk İlkelerinden Farkları.....	90
5. Sosyal Risk İlkesinin Uygulanması.....	92
a. Fransa Örneğinde Sosyal Risk İlkesinin Uygulanması.....	92
b. Ülkemizde Sosyal Risk İlkesinin Uygulanması.....	93
C. Danıştay Kararlarında Terörle Mücadele Ve Sosyal Risk.....	95
1. Danıştay Kararlarında Kitle Hareketleri.....	96

2. Danıştay Kararlarında Terör ve Terörle Mücadele.....	97
a. 1990 Öncesi Danıştay İçtihatları.....	97
b. 1990 Sonrası Danıştay İçtihatları.....	99
(1) Kararlarda Hizmet Kusuru Tartışması.....	100
(2) Kararlarda Kamu Görevlilerinin Uğradıkları Zararlar.....	102
(3) Kararlarda Köy Boşaltmalar.....	103
(4) Kararlarda Maddi Tazminat.....	105
(5) Kararlarda Manevi Tazminat.....	106
(6) Kararlarda Terörle Mücadele.....	106
c. 2005 Sonrası Danıştay İçtihatları.....	108
3. AYİM Kararlarında Terörle Mücadele ve Sosyal Risk.....	109
II. TERÖR VE TERÖRLE MÜCADELEDEN DOĞAN ZARARLARIN	
KARŞILANMASI HAKKINDA KANUNUN GETİRDİĞİ SİSTEM.....	111
A. 5233 Sayılı Kanunun Hazırlanmasına Götüren Süreç.....	111
B. 5233 Sayılı Kanunun Amacı Ve Kapsamı.....	112
C. 5233 Sayılı Kanunun Kapsamı.....	113
1. Zararın Kaynağı.....	114
a. Zarara Neden Olan Eylemler.....	115
b. Kapsam Dışı Bırakılan Zararlar.....	116
2. Zararın Doğduğu Yer.....	118
3. Zararın Ortaya Çıktığı Zaman.....	118
4. Zararın Muhatabı.....	119
5. Zararın Niteliği.....	120
a. Manevi Zararın Karşılanmaması Sorunu.....	120
b. Maddi Zararın Kapsamı.....	121
c. Yerinden Olmuş Kişiler Sorunu ve 5233 Sayılı Kanun.....	122
D. 5233 Sayılı Kanuna Göre Zararların Tazmin Süreci.....	124
1. Başvuru Usulü.....	124
a. Başvuruya İlişkin Temel İlkeler.....	125
b. Başvuru Süresi.....	126
(1) 27.07.2004'ten Sonra Doğacak Zararlarda Başvuru	

Süresi.....	126
(2) 19.07.1987- 27.07.2004 Tarihleri Arasında Doğmuş Zararlarda Başvuru Süresi.....	127
(3) İYUK Çerçevesinde Başvuru Sürelerinin Değerlendirilmesi.....	128
2. Zarar Tespit Komisyonları.....	129
a. Zarar Tespit Komisyonlarının Oluşumu.....	129
b. Zarar Tespit Komisyonlarının Çalışma Usul ve Esasları...	130
c. Zarar Tespit Komisyonlarının Görevleri.....	132
3. Zararın Tespiti ve Karşılanması.....	133
a. Zararın Tespiti.....	133
b. Yapılacak Ödemeler ve Zararın Karşılanma Şekli.....	134
(1) Mala İlişkin Zararlarda Ödemeler.....	135
(2) Cismani Zararlarda ve Ölüm Nedeniyle Doğan Zararlarda Ödemeler.....	135
c. Zararın Karşılanmasına İlişkin Sulhname.....	137
SONUÇ.....	140
KAYNAKÇA.....	143
ÖZET.....	150
ABSTRACT.....	151

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C. E.	: Conseil d'Etat
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
çev.	: Çeviren
D	: Daire
DAN- DER	: Danıştay Dergisi
DAN- KAR- DER	: Danıştay Kararları Dergisi
DBB	: Danıştay Bilgi Bankası
DDDUH	: Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyeti
DDGK	: Dava Daireleri Genel Kurulu
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
dn.	: dipnot
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
İBK	: İçtihatları Birleştirme Kurulu
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
İÜSBE	: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kn.	: Kanun
m.	: madde
N.	: Numara
Örn.	: Örneğin

RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: sayı
Sy.	: sayılı
TMK	: Terörle Mücadele Kanunu
tr.	: tarihli
vd.	: ve devamı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
Yön.	: Yönetmelik
yy.	: Yüzyıl
y.y.	: yayımcı yok

GİRİŞ

Kişinin eylemlerinden meydana getirdiği zararları üstlenmesi olan sorumluluk, devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını kullanırken yapmış olduğu işlem ve eylemleriyle kişilere verebileceği zararlar hakkında da uygulanır. Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin, işlem ve eylemlerinden doğan zararları karşılaması, hukuk devleti ilkesinin en önemli esaslarından birisidir.

Türk idare hukukunda Cumhuriyetin ilanından sonra uygulanmaya başlayan ve 1982 Anayasasının 125. maddesinin son fıkrasında da yer alan *“İdare kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”* hükmü ile temellerini Fransız hukukunda bulan idarenin sorumluluğu ilkesi kabul edilmiştir.

İdare, toplumsal ihtiyaçları karşılamak ve kamu yararını gerçekleştirmek üzere kamu hizmeti ifa ederken temel hak ve özgürlükleri korumak ve kişilerin ve toplumun refah ve huzurunu sağlamakla yükümlüdür. Toplum yapısının karmaşıklaşmasıyla idarenin faaliyet alanı da genişlemiş ve kişilerin, idarenin işlem ve eylemlerinden zarara uğrama ihtimali artmıştır.

Kişilerin can ve mal güvenliğini korumak zorunda olan devlet, toplum düzenini bozacak eylemleri de önlemekle yükümlüdür. Bu anlamda devlet, insanlık için tehlikeli sorunlardan biri olan ve insanlığın var olduğu günden beri gündemde olup zaman ve mekâna göre kendini güncelleyen terörizme karşı koymalıdır. Toplumda şiddet kullanarak korku yaratmaya çalışan terörist eylemlerden bireylerin sırf o topluma mensup olmaları sebebiyle zarar görmesi karşısında, devlet de kayıtsız kalmamaktadır.

Ülkemizde 1980lerden sonra yoğun olarak yaşanan terör olaylarından ve devletin terörle mücadele sırasında gerçekleştirdiği faaliyetlerinden, kişiler ve devlet büyük zararlara uğramıştır. Bu tür eylemlerden doğan zararların, masum insanlar üzerinde bırakılmaması için idarenin sorumluluğu kapsamında sosyal risk ilkesinin uygulanması gündeme getirilmiştir. Bu çalışmanın konusu da, terör eylemleri ve terörle mücadeleden doğan zararlarda idarenin sorumlu olup olmayacağı, eğer olacaksa hangi şartlar

altında bu sorumluluğunu yerine getireceği tartışmalarına cevap aramak olacaktır.

Çalışmada iki bölüme yer verilerek birinci bölümünde idarenin sorumluluğuna ilişkin genel hükümler ortaya konduktan sonra ikinci bölümde terör ve terörle mücadeleden doğan zararların tazmini, özel olarak ele alınmıştır.

Birinci bölümde ilk olarak idarenin sorumluluğunun temeli, kapsamı ve tarihi gelişimi öncelikli olarak incelenmiştir. İdarenin sorumluluğunun doğması ve gelişmesine öncülük eden Fransız hukuku doktrin ve içtihatları, idarenin sorumluluğunun temeli, kapsamı ve gelişimi ile hukukumuzdaki bu süreçle karşılaştırılabilmesi için çalışmamızda yerini almıştır.

İdarenin sorumluluğunun söz konusu olması için gerekli şartlar ve sorumluluğu ortadan kaldıran haller; sosyal risk ilkesinin uygulanabilirliğinin değerlendirilmesi için çalışmanın birinci bölümünde yerini almıştır.

İşlem ve eylemleriyle kişilere verdiği zararları tazmin etmek zorunda bulunan idarenin kusura dayanan sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğu olmak üzere iki çeşit sorumluluğu vardır. Çalışmanın asıl konusu kusursuz sorumluluk ilkelerinden biri olarak kabul edilen sosyal risk ilkesi olmasına rağmen, terör eylemleri ve terörle mücadeleden doğan zararlarda idarenin sorumluluğuna hükmederken öncelikle hizmet kusuru araştırmasının yapılması gerekliliği karşısında hizmet kusuru ilkesi üzerinde de durulmuş ve ardından kusursuz sorumluluk ilkeleri ortaya konmuştur.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise sosyal risk ilkesi açısından terörizm kavramı tartışılmış ve hem uluslararası hukuk hem de Türk hukukundaki terörle mücadeleye ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Terör eylemleri ve terörle mücadeleden doğan zararların karşılanması, sosyal risk ilkesinin konusu içerisinde değerlendirildiğinden sosyal risk ilkesinin temeli, şartları ve kendine has özellikleri, sorumluluk hukuku ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmiş ve yargı kararları da bu kapsamda ele alınmıştır. Sosyal risk ilkesine hukukumuzda ve Fransız hukukunda hangi

şartlarda başvurulduğu, ilkenin uygulanabilirliği ve günümüzdeki geçerliliği tartişılmıştır.

Sosyal risk ilkesi üzerindeki tartişmalar ve ülkemizde terör eylemleri ve terörle mücadeleden doğan zararların karşılanması için ngrlmş etkin bir başvuru yolu olmaması, yasama organını harekete geçirmiştir. 2004 yılında yürürlüğe giren 5233 sy. Terör Ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun ile terör eylemleri ve terörle mücadele faaliyetlerinden zarar gören gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin maddi zararlarının, yargı yoluna başvurmadan idarece en kısa sürede ve sulhen giderilmesi amaçlanmıştır. Çalışmanın kapsamında 5233 sy. Kanun incelenerek amacını gerçekleştirebilmesi ve sorunlara çözüm olabilmesi açısından problemler ortaya konularak çözüm nerileri de sunulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARE HUKUKUNDA SORUMLULUK

1) İDARE HUKUKUNDA SORUMLULUK KAVRAMI

A. Genel Olarak Sorumluluk

Günlük dilde felsefi, ahlaki, siyasi, dini ve hukuki boyutlarıyla incelenen sorumluluk, sözlük anlamında “*Kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi, sorum, mesuliyet*”¹ olarak tanımlanır. Hukuk terminolojisinde ise sorumluluk “*uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme; tazminatla yükümlü tutulma; işlenmiş olunan bir suçun gerektiği cezayı çekme*”² anlamına gelmektedir.

Bir kişinin uğradığı zarar sonucunda malvarlığında meydana gelen eksikliğin, bir başka kişiye yüklenmesi mecburiyetinden doğan sorumluluk kavramının cezalandırma, tazmin etme gibi boyutları vardır. Bu anlamda hukuk düzeninde sorumluluk üç başlıkta incelenir: Siyasi sorumluluk, cezai sorumluluk ve mali sorumluluk. Hükümetin, yönetilenlere karşı olan sorumluluğunu ifade eden siyasi sorumluluk, sadece başbakan ve bakanlar için söz konusu olur ve gensoru aracılığıyla gerçekleştirilir. Kişilerin, hukuk düzenini ihlal eden fiillerinden suç olarak tanımlananları neticesinde uygulanan müeyyideler ise cezai sorumluluğun kapsamını oluşturur. Hukuki sorumluluk olarak da adlandırılan mali sorumluluk ise bir kişinin başkasına verdiği zararın, kişinin mali dengesindeki bozukluğun giderilmesi amacıyla devlet aracılığıyla tazmin edilmesidir. Mali sorumluluk medeni ve idari

¹ Çevrim içi: <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=sorumluluk&ayn=tam> (26.10.2006)

² Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş 8.Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2004, s. 1109.

sorumluluk olmak üzere iki çeşittir. Medeni sorumluluk, özel hukuk alanında kişilerin borç ilişkisi kaynaklı zararlarının karşılanmasıdır. Medeni sorumlulukta, sorumluluğun kaynağı haksız fiiller veya sözleşmelerdir. Medeni sorumlulukta zararın kural olarak aynen, mümkün olmazsa nakden karşılanması esastır. İdari sorumluluk ise, idarenin, faaliyetleri neticesinde kişilere verdiği zararı tazmin etmesidir.

B. İdarenin Sorumluluğunun Temeli

İdarenin eylem ve işlemleriyle meydana getirdiği zararları tazmin ederek zarar gören üzerinde bırakmaması temel ilke olarak kabul edilmekle beraber, idarenin sorumluluğunun hukuki gerekçesi yasal düzenlemelerde yer almamış, konuya ilişkin tespitler doktrine bırakılmıştır. İdarenin sorumluluğu, hiçbir kayıt ve şarta bağlanmayan genel bir sorumluluk olmayacağına göre kişilerin hangi hallerde idareden zararlarının tazminini isteyebileceklerini belirleyebilmek için idarenin sorumluluğunun temeli saptanmalıdır³. İdarenin sorumluluğunun temeline ilişkin olarak doktrinde “nimet ve külfetlerde eşitlik”, “imkân ve fırsat eşitliği”, “sosyal devlet ilkesi” ve “hukuk devleti ilkesi” gibi dayanaklar bulunmuştur⁴. Bahsedilen bu dayanaklardan hiçbirisi tek başına konuyu açıklamakta yeterli olmamıştır.

Birey ve devlet arasındaki ilişkide, devletin birey üzerindeki otoritesi nedeniyle bireyin uğradığı zararlarda bireyin mağduriyetinin giderilmesi, devlet karşısında bireyi öncelikli tutan hümanist düşünce akımı sayesinde eşitlikçi ve özgürlükçü devlet yapılarına geçişle ortaya çıkan hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez bir unsurudur. Anayasa Mahkemesinin de birçok kararında belirttiği gibi hukuk devleti, *“temel hak ve özgürlüklere dayanan, bu hakların korunup güçlenmelerine olanak sağlayan, adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen*

³ Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974, s.12.

⁴ Bkz. Duran, a.g.e., s.11- 22; Ramazan Çağlayan, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, 1.Baskı, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2007, s. 120–128.

*kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olan*⁵ devlettir. Hukuk devleti anlayışı, meydana getirdiği zararlardan devleti sorumlu tutmanın yanında zarar doğuran faaliyetlerden de kaçınmayı gerekli kılmıştır⁶. Ancak bu aşamada salt hukuk devleti anlayışı idarenin sorumluluğunun temellendirilmesinde yeterli olmamaktadır. Sosyal adalet ve fırsat eşitliğinin sağlanması olarak ifade edilen sosyal devlet ilkesi de sadece hukuka aykırı eylemlerden değil hukuka uygun fakat tehlikeli eylem ve işlemlerden doğan zararların da idarenin sorumluluğunda olacağını ortaya koyarak sorumluluğun kapsamını genişletmiştir⁷.

İdarenin sorumluluğunun temelini, tazmin borçlusu ve alacaklısı arasındaki genel ilişkide aranması gerektiğini belirten Duran, sosyal adalet amacına yönelmiş *imkân ve fırsat eşitliği ilkesine* dayanmıştır. İmkân ve fırsat eşitliği ilkesi, hem devletin bireylere sunması gereken temel hakları içermekte hem de devlete, bireylere bu hakları sunma ödevi yüklemektedir. Böylelikle tazminat alacaklısı ve borçlusu arasında genel bir hukuki ilişki kurulmaktadır⁸.

Hukukun üstünlüğünün sağlanmasında idarenin işlem ve eylemlerinden doğan zararların giderilmesi, cezai bir nitelik taşımayan ve özel hukuktan bağımsız olarak kamusal nitelikli idari sorumluluk alanını oluşturmaktadır. İdarenin sorumluluğunu sağlamada en etkili yollardan birisi olan tam yargı davalarında; idari işlem, eylem ya da sözleşmelerden hakları muhtel olanlar tarafından ihlal edilen hakkın yerine getirilmesi veya uğranılan zararın giderilmesi istenir⁹. Özel hukuktan bağımsız olan idari yargı, kendine has bir sisteme sahip olarak tam yargı davalarını sonuçlandırabilmektedir.

⁵ Anayasa Mahkemesi, 25.06.2009 tr. ve E.2006/79, K.2009/97 sy. Kararı, **RG**, 13.11.2009, S.27405; benzer yönde Anayasa Mahkemesi, 25.5.1976 tr. ve E. 76/1, K.76/28 sy. Kararı, (Çevrimiçi) http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=468&content= (08.03.2010).

⁶ Cüneyt Ozansoy, “**Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara, 1989, s. 11.

⁷ Zuhale Bereket Baş, “İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Sağlanmasının Aracı Olarak Tam Yargı Davaları”, **İdari Yargı Panel**, Türkiye Barolar Birliği, Mersin Barosu, 11–12 Nisan 2003, s.316–318.

⁸ Duran, **a.g.e.**, s.16, 17.

⁹ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, Güncelleştirilmiş 25. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ağustos 2006, s. 265.

C. İdarenin Sorumluluğunun Kapsamı

Sorumluluk kavramı, devletin yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerine farklı yansımalarda bulunur; devletin sorumluluğu, bu üç organın faaliyetlerinden doğan sorumluluğu kapsar¹⁰. Yasama ve yargı organlarında, idari işlemlerin yanında organların kendilerine has işlemleri de tesis edildiği için, bu tür durumlar idarenin sorumluluğu kapsamında değerlendirilmez. Devletin egemenliğiyle ilgili olarak büyük öneme sahip yasama organının, sırf yasama ile ilgili faaliyetlerinden dolayı devletin sorumlu olmadığı kabul edilmektedir. Yasama organı yaptığı düzenlemede, yasama işlemlerinden doğan zararlarda tazminat ödeneceğini veya ödenmeyeceğini düzenlemişse kuşkusuz bu hüküm dikkate alınacaktır. Yasal düzenlemede bu tür bir hükme yer verilmediği takdirde, doktrinde konuyla ilgili tartışmalar olsa da Danıştay, idarenin tazmin borcunun olmadığını kabul etmektedir¹¹. Yargı organının sadece yargısal faaliyetleriyle ilgili işlemlerden dolayı sorumlu tutulamayacağı kuralı kabul edilmektedir. Her ne kadar bazı kanuni düzenlemelerde yargısal faaliyetlerle ilgili devlete tazmin borcu yükleyen hükümler¹² varsa da bu hükümleri genel kural olarak kabul etmek mümkün değildir.

Yürütme organı açısından ise yasama ve yargı organlarının aksine, yürütülen idari faaliyetlerden dolayı sorumluluk esastır. Yürütme organınca hazırlanan ve genellikle siyasi nitelikli olan hükümet tasarrufları, idarenin sorumluluğunun istisnasını teşkil eder ve iptal davasına konu olmayacakları gibi meydana getirdikleri zararlar yönünden de sorumluluk doğurmazlar.

İdarenin sorumluluğu, hem idarenin özel hukuk sorumluluğunu hem de idarenin idari sorumluluğunu kapsayan bir kavramdır. İdarenin özel hukuk alanında sonuç doğuran faaliyetleri neticesinde, meydana gelen zararın özel

¹⁰ Yüksel Esin, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, 2.Baskı, Ankara, Güven Matbaası, 1976, s. 10.

¹¹ Bkz. Gürsel Kaplan, “**Danıştay Kararları Çerçevesinde Tam Yargı Davalarında Zarar Kavramı**”, Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE, İstanbul, 1993, s. 26- 28.

¹² Örn. CMK m.141vd.: suç soruşturması ve kovuşturması sırasında koruma tedbirleri nedeniyle tazminata hükmedilebilecek durumlar.

hukuk hükümlerine göre tazmin edilmesi, idarenin özel hukuk sorumluluğunu doğurur. İdarenin özel hukuk sorumluluğuna idarenin özel hukuk sözleşmeleri, sınaî ve ticari kamu hizmetleri, idarenin özel mallarının işletilmesi, fiili yol ve usulsüz el koyma ve kanunla özel hukuka tabi tutulmuş zararlardan doğan sorumluluklar dâhildir¹³.

Kısaca idarenin sorumluluğu olarak adlandıracağımız idarenin idari sorumluluğu ise idarenin kamu hukukuna tâbi faaliyetleri neticesinde gerçekleşen zararların kamu hukuku hükümlerine göre tazmin edilip çıkan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlendiği sorumluluk çeşididir. İdarenin faaliyetinden zarar gören kişi, bizzat kamu hizmetinden faydalanan olabileceği gibi kamu hizmetine yabancı bir kişi de olabilir. Hatta zarar gören kişi, faaliyetin gerçekleştirilmesine katkıda bulunan da olabilir.

İdarenin iki çeşit sorumluluğu vardır: kusurlu ve kusursuz. Hizmet kusuru olarak da adlandırılan idarenin kusur sorumluluğu, idarenin yürütmekte olduğu kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki bozukluk ve aksaklıklardır. Ancak zaman içinde idarenin sorumluluğunda, idareyi sorumlu tutma düşüncesinden uzaklaşılarak zararın giderilmesi anlayışı ön plana çıkmış ve kusursuz sorumluluk ilkesi gelişmeye başlamıştır¹⁴. Bu anlamda idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararların kusur şartına gerek olmaksızın tazmin edilmesi idarenin kusursuz sorumluluğu olarak kendisini gösterir.

D. İdarenin Sorumluluğunun Tarihi Gelişimi

1. Genel Olarak İdarenin Sorumluluğunun Tarihi Gelişimi

İdarenin sorumluluğunun tarihsel süreçteki gelişimi incelenirken iki ayrı dönemden bahsedilir. Bunlardan ilki 19. yy.a kadar devam eden ve idarenin

¹³ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2006, s. 720,721.

¹⁴ Bereket Baş, **İdari Yargı Panel**, s.311.

sorumluluğunun kabul edilmediği dönem ve yeni fikir akımlarının da etkisiyle ortaya çıkan ve zararın kişiler üzerinde bırakılamayacağı anlayışının da etkisiyle kabul edilmeye başlanan idarenin meydana getirdiği zararlardan sorumlu olduğu dönemdir.

a. İdarenin Sorumsuz Olduğu Dönem

Devlet kavramının temelleri ilk çağlara dayandırılrsa da Eski Mısır ve Yunanlılarda “devlet tüzel kişiliği” açıkça dillendirilmemiştir.

Orta çağda mülk devlet anlayışı çerçevesinde yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları ve ülke topraklarının mülkiyeti, hükümdarın maddi kişiliğinde toplanmıştır. Devlete ayrı bir tüzel kişilik tanınmadığının göstergesi olan bu durumda devletin sorumluluğundan söz etmek de mümkün görünmemektedir.

17. ve 18. yy.da ortaya çıkan yeni fikir akımları, tek kişinin mutlak iktidarını savunmuş; polis devleti anlayışıyla egemen gücün yine yasama, yürütme ve yargı yetkilerine sahipken -mülk devlet anlayışından farklı olarak- sorumluluk prensibini de getirmiştir. Ancak bu sorumluluk yargısal nitelikli değil, egemen gücün kendi vicdanına ve ilahi güce karşı sorumlu olmasından ötürü manevi niteliklidir. Klasik egemenlik anlayışının hâkim olduğu bu dönemlerde genel iradenin mutlak ve yanılmaz olması sonucunda devlet organlarının, kişileri zarara uğratmayacağı düşüncesi kabul edilmiştir¹⁵. Bütün erkleri elinde bulunduran egemen gücün buyruklarını yerine getiren memurların, buyruklara aykırı hareket etmesi halinde memurun kendisinin sorumlu tutulacağı hal saklı kalmak üzere, hükümdarın ve dolayısıyla devletin sorumluluğu gündeme gelmemiştir¹⁶.

b. İdarenin Sorumluluğunun Kabul Edildiği Dönem

¹⁵ E.Ethem Atay, İdarenin Sorumluluğu, **Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 1062.

¹⁶ Esin, **a.g.e.**, s. 16.

(1) Kusur Sorumluluğunun Kabulü ve Conseil d'Etat Kararları

18. yy.ın en önemli olayı olan 1789 Fransız İhtilali ve ihtilalin ardından yayınlanan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, demokrasi ve insan hak ve özgürlüklerinin gelişmesine büyük katkı sağlamışlardır. Ancak idarenin sorumluluğuna aynı katkıyı yaptığını söylemek mümkün değildir. Bildirgede sorumlulukla ilgili olarak 15. maddede yer alan “*Toplumun, tüm kamu görevlilerinden görevleriyle ilgili olarak hesap sormak hakkı vardır.*” hükmü de devletin sorumluluğunu değil, memurun kişisel sorumluluğunu sağlamıştır. Bildirge her ne kadar idarenin sorumluluğuyla ilgili bir yenilik ortaya koymasa da sorumluluğun başlangıcını oluşturacak sağlam temeller kurmuştur.

Fransız İhtilalinin de etkisiyle devletin ekonomik ve sosyal hayata etkisinin artması, kamu hizmetlerinin nicelik ve nitelik olarak değişmesine yol açmıştır. Kamu hizmeti kavramının gelişmesi, birey ve devletin daha çok karşılaşmasına yol açarak bireylerin idarenin faaliyetlerinden geçmişe oranla daha fazla zarar görmesine neden olmuştur.

İdarenin faaliyetlerinden sorumsuz olması esas olmakla birlikte birtakım kamu hizmetlerinin yürütülmesinden meydana gelen zararların idarece tazmin edileceği de öngörülmüştür. Bayındırlık hizmetlerinin yürütülmesi kaynaklı zararlar başta olmak üzere, posta hizmetlerinden doğan zararlar, ordu atlarının sebebiyet verdiği kazalar ve deniz taşımacılık hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında hatalı manevralardan kaynaklanan ağır zararlarda, Fransız Danıştay kendisini yetkili görmüş ve tazminat davaları 19. yy.ın ortalarında görülmeye başlanmıştır¹⁷.

Fransa’da 1872 yılında Conseil d’Etat’ya bağımsızlık tanınip uyuşmazlıklarda kesin karar verme yetkisinin tanınmasından itibaren gelişen süreçte idarenin yargısal denetimiyle ilgili olarak önemli içtihatlar oluşturulmuş

¹⁷ E. Ethem Atay, Hasan Odabaşı, Hasan Tahsin Gökcan, **Teori Ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu Ve Tazminat Davaları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 42.

ve hem iptal hem de tam yargı davaları karara bağlanmıştır. Conseil d'Etat'nın idarenin sorumluluğu ilkesinin oluşmasına katkı sağlayan kararlarından bazıları şunlardır:

i. Conseil d'Etat ilk olarak 1855 yılında **Rotschild Kararı**nda idari uyuşmazlıklarda genel görevli yargı yerinin idare mahkemeleri olduğuna karar vererek özel hukuk- idare hukuku ayrımını yapmıştır.

ii. 8 Şubat 1873 tarihinde ise Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin verdiği **Blanco Kararı** ile idarenin sorumsuzluğu ilkesi terk edilerek idarenin yürüttüğü faaliyetlerden doğan uyuşmazlıklarda, kamu hukuku kurallarına göre karar verilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Söz konusu karara konu olayda, Bordeaux'da devlet tarafından emanet usulü ile işletilen bir tütün işletmesinde işçilerin kullandığı bir vagon Agnès Blanco isimli bir kız çocuğuna çarpmıştır. Olayın ardından küçük kızın babası tarafından zararın tazmin edilmesi için Medeni Kanun hükümleri uyarınca tazminat davası açılmış ancak dava, görevsizlik kararı alınarak Uyuşmazlık Mahkemesi önüne getirilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi ise devletin yürütmekte olduğu faaliyet neticesinde gerçekleşen bu olayda meydana gelen zararda devletin sorumlu olduğuna karar vermiştir.

İdarenin sorumluluğu açısından bir köşe taşı niteliğinde olan **Blanco Kararı** ile kamu hizmetini yürütenlerin fiillerinin neden olduğu zararların özel hukuk hükümlerine göre çözümlenemeyeceği, hizmetin ihtiyaçlarına göre yönlendirilecek özel nitelikli kurallarla neticelendirileceği kesinleştirilmiştir. Artık bu karardan sonra bu tür uyuşmazlıklarda idare hukuku ilkeleri uygulanarak, uyuşmazlıklar idari yargı yerlerinde çözümlenecektir¹⁸.

iii. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin verdiği bir diğer önemli karar da **Terrier Kararı**dır (1903). Bu kararla birlikte mahalli idareler için kabul edilmeyen sorumluluk ilkesinin, genel veya mahalli anlamda kamu hizmetlerinin hepsi için uygulanabileceği kabul edilmiştir.

iv. **Tomaso Grecco Kararı**na (1905) kadar kolluk hizmetleri yerine getirilirken doğan zararlarda idarenin sorumluluğuna başvurulmamaktaydı.

¹⁸ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s.43–45.

Fransız Danıştayının verdiği bu kararda bazı kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde zorluklar bulunduğu, bu tür hizmetlerden doğan zararlarda idarenin sorumluluğuna başvurabilmek için ağır hizmet kusuru aranacağı belirtilmiştir. Kararın bir diğer özelliği de devletin, egemenlik tasarruflarını kullandığı durumlarda da ortaya çıkacak zararlardan sorumlu tutulmasıdır¹⁹.

(2) Kusursuz Sorumluluğun Gelişmesi ve Conseil d'Etat Kararları

Kusur sorumluluğu ilkesi, sorunun çözümünde tek başına yeterli olmamış, tıpkı kusur sorumluluğunun ortaya çıkışında olduğu gibi burada da Conseil d'Etat'nın kararlarıyla idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir.

i. Conseil d'Etat **Cames Kararı** (1895) ile devletin kendi ajanının kamu hizmetini ifa ederken uğradığı zararda, açıkça adını koymasa da risk ilkesini kabul etmiştir.

ii. Fransız Danıştay **Regnault- Desroziers Kararı**nda (1919) ise yerleşim yerinin yakınında bulunan cephaneliğin, komşuluktan meydana gelebilecek riskleri aşan bazı risklere neden olabileceğine karar vererek idarenin dışında olan üçüncü kişiler için de risk ilkesini kabul etmiştir²⁰.

iii. **Couitèas Kararı**nda (1923) ise Fransız Danıştay, kamu güvenliğinin tehlikeye düşeceği gerekçesi ile mahkeme kararına dayanan mülkiyet hakkına kavuşamayan Couitèas isimli kişiye tazminat ödenmesine karar vererek kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini kabul etmiş olmaktadır.

İdare hukukunun içtihadı bir hukuk dalı olması sebebiyle de 19. yy.ın ikinci yarısından başlayarak günümüze kadar devam süreçte mahkemeler, idarenin sorumluluğu ilkesinin gelişimine katkı sağlamışlardır. Mevcut kuralların adaletli sonuçlar vermemesi durumunda sorumluluk ilkeleri biraz daha geniş yorumlanmış ve yeni teoriler oluşturulmuştur.

¹⁹Kemal Tahir Gürsoy, “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara 12- 13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s.73.

²⁰ Çağlayan, a.g.e., s. 81, 82.

Siyasi, ekonomik ve sosyal koşullar gereğince toplumlar, savaşlara ve birtakım kitle hareketlerine maruz kalmaktadırlar. Birlikte yaşama zorunluluğunun sonuçlarından olan bu tür karışıklıklar ve saldırılardan doğan zararların, hareketlerin doğumunda kusuru bulunmayan insanlar üzerinde bırakılması adil sonuçlar doğurmayacaktır²¹. İşte bu nedenledir ki idarenin kusuru olmaksızın doğan bu tür zararlar için, idarenin kusursuz sorumluluğunun kapsamı genişletilerek sosyal risk ilkesi kabul edilmiştir. Kusursuz sorumluluk ilkesinin kapsamını genişleten sosyal risk ilkesi, ilk olarak Fransa'da savaş zararlarının karşılanması için uygulanmıştır. Meydana gelen zararlar idari faaliyet arasında illiyet bağı kurulamaması sebebiyle istisnai bir ilke olan sosyal risk ilkesinin uygulanmasında yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Nitekim Fransa'da 1914 tarihli bir kanun ile yerel polis tarafından önlenemeyen kitle hareketlerinden meydana gelen zararlarda, yerel yönetimlerin kusursuz olarak sorumlu olduğu ve davaların adli yargı yerlerinde görüleceği düzenlenmiştir. Ancak büyük zararları küçük belediyelerin karşılayamaması ve ulusal dayanışma ilkesi göz önüne alınarak 1983 ve 1986 yıllarında konu yeniden düzenlenmiş ve söz konusu zararların devlet tüzel kişiliği tarafından sosyal risk ilkesine göre karşılanıp uyuşmazlıkların idari yargıda çözömlenmesi öngörölmüştür. Yine Fransa'da terör eylemlerinden zarar görenler için 1986 tr. ve 86-1020 sy. Kanunla, meydana gelen zararların tazmini için özel hukuk tüzel kişiliğine sahip bir fon (*Le Fonds d'indemnisations des victims des actes de terrorism*) kurulmuştur²².

2. Türk Hukukunda İdarenin Sorumluluğunun Gelişimi

a. Osmanlı İmparatorluğu Dönemi

²¹ Ali Ülkü Azrak, "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.

²² Çağlayan, a.g.e., s. 308-321.

Teokratik sistemle yönetilen Osmanlı İmparatorluğunda da devletin sorumluluğu söz konusu olmamıştır. İslam hukukunun getirdiği sınırlamalar istisna olmak üzere devletin tüm yetkileri padişahta toplanmıştır. Vekâlet düzeni içinde padişahın emrini yerine getiren memurlar da, kendi kişisel kusurları hariç olmak üzere, yaptıkları eylem ve işlemlerden sorumlu tutulmamışlardır. Hukuk devleti anlayışına geçiş olarak kabul edilen Tanzimat Fermanına kadar her ne kadar devletin işlem ve eylemlerinden dolayı yargısal denetim yapılmasa da yargı dışı denetim, divanlarda şikâyet yoluyla kullanılmaktaydı. 1839 yılında ilan edilen ve getirdiği yeniliklerin tek teminatının padişahın yemini olduğu Tanzimat Fermanı, devleti işlem ve eylemlerinden sorumlu tutabilecek kurallar getirmemiştir.

1868 yılında Şûra-yı Devlet'in kuruluşu, kuvvetler ayrılığının var olmadığı bir sistemde idari rejimin ve dolayısıyla sorumluluk ilkesinin başlangıcı olamamıştır. Şûra-yı Devlet, kuruluş aşamasında yargılama merci olarak planlanmamış, ıslahatların gerçekleştirilmesi için gerekli kanuni düzenlemeleri yapmak üzere görevlendirilmiş bir meclis olarak örgütlenmiştir. Danışma görevini üstlenen Şûra-yı Devlet'e, yargılama görevi tahdidi olarak verilmiştir. Şûra-yı Devlet Nizamnamesinde, "*hükümet ile eşhas beyninde olan davalar*" tanımlamasıyla idarenin taraf olduğu her türlü davada Şûra görevli sayılmıştır. Nizamnamenin kabulünden yaklaşık bir yıl sonra çıkarılan Şûra-yı Devlet Nizamname-i Dâhilisinde ise bu görevin kapsamı, "*devair-i idare ile eşhas beynindekî*" vilayet idare meclislerince karara bağlanan davaları, istinaf yoluyla ve bu nitelikte olan ancak önemi nedeniyle Şûra-yı Devlet'e gönderilen davaları doğrudan incelemek olarak belirginleştirilmiştir. Görev tanımlamasında bu hükme uyan Şûra-yı Devlet, idare aleyhindeki uyuşmazlıkları çözmeye yönelmiştir²³.

Vilayet idare meclislerince verilen kararları temyiz mahkemesi olarak inceleyen, şikâyetleri doğrudan kabul eden ve memurların yargılamasını

²³ Onur Karahanoğulları, *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*, Doçentlik Çalışması, Ankara, 2005, s.155-160; (Çevrimiçi) <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/turkiyedeidariyargitarihi.pdf> s.159- 164, (29.10.2009).

yapan Şûra-yı Devlet, idarenin denetlenmesinde yargısal görevler üstlenerek önemli bir değişimin başlangıcı olmuştur. Devletin işlem ve eylemlerini yerine getiren memurların yargılanabileceği fikri, devletin sorumluluğuna hükmedebilmenin bir görünümü olması nedeniyle çok önemli bir gelişmedir. Ancak zaman içinde memurların yargılanması görevi, yargılama için izin vermeye dönüşmüş; hükümet ile kişiler arasındaki davalara bakma görevine ise son verilmiştir²⁴. Yapılan hukuki düzenlemelerin ilk hallerinde Şûra-yı Devlet'e önemli görevler verilse de yapılan değişikliklerle beklenen etki görülmemiştir.

Şûra-yı Devletle ilgili en önemli değişiklik 1876 Kanun-ı Esasi'nin "*Eşhas ile hükümet beynindeki davalar dahi mehakimi umumiyyeye aittir.*" hükmüyle yapılmıştır. Yani artık davanın taraflarından biri idare olsa da dava, genel mahkemelerde görülecektir. Kanun-ı Esasi'nin bu hükmünden sonra Şûra-yı Devlet'in, memurların yargılanması ile ilgili görevleri adli mahkemelere devredilip yargılama faaliyetlerine son verilmiştir²⁵.

Kısaca özetlenmeye çalışılan Osmanlı İmparatorluğu döneminde, henüz bir idari rejim oluşturulamasa da çeşitli adımların atıldığı görülmektedir. Ülkemizde idari rejime geçiş ve idarenin sorumluluğunun kabulü Cumhuriyet'in ilanından sonraki döneme rastlamaktadır²⁶.

b. Cumhuriyet Dönemi

Cumhuriyetin ilanından sonra idari dava ve uyuşmazlıklarla ilgili düzenlemelere, ilk olarak 1924 Anayasasında Şûra-yı Devlet'in kurulmasını öngören maddede rastlamaktayız. Bu hükümle, Şûra-yı Devlet anayasal bir kurum haline gelmiş ve hukuk literatürümüze "*idari dava*" kavramı girerek Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki yargı birliğinden vazgeçilmiştir. 1925

²⁴ Karahanoğulları, **a.g.e.**, s.134- 187; (Çevrimiçi) s.138- 191,(29.10.2009).

²⁵ Süheyla Şenlen, "Türkiye'de İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, cilt:49, sayı:3- 4, 1994, s. 405,406.

²⁶ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Birinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Kasım 2009, s.146.

yılında çıkarılan 669 sayılı Şûra-yı Devlet Kanunu ile Şûra-yı Devlet, Başbakanlığa bağlı bir örgüt olarak yapılandırılmıştır. Kanunda ilk defa “iptal davası” terimi kullanılmış, “tam yargı davası” terimine doğrudan yer verilmese de tanımı yapılarak görev alanına dâhil edilmiştir. Tam yargı davasının “*Rüyeti mehakimi adliyenin vazifesi haricinde bulunan mesail hakkında idari muamelât ve mukarrerattan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından ikame olunan davalar.*” şeklindeki tanımı ile artık idarenin sorumluluğu ilkesinin de kabul edilmiş olduğunu söyleyebiliriz. Kanunun getirdiği önemli yeniliklerden biri de Şûra-yı Devletin verdiği kararların, ayrıca bir iradeye tabi tutulmaksızın kesin hüküm özellikleriyle icra dairelerince yerine getirilmesidir. Bu yenilikle birlikte idari yargının, ayrı bir yargı kolu olarak düzenlendiğini de görmekteyiz.

669 sy. Şûra-yı Devlet Kanunu ile 1927 yılında fiilen faaliyete başlayan Danıştay, idarenin sorumluluğu ile ilgili olarak önceleri çekingen davranmış ve kanunlarda açık hüküm bulunmadıkça tazminat taleplerini reddetmiştir²⁷. İçtihat mahkemesi olan Yüksek Mahkemenin İslam hukuku kurallarına uygun olarak sorumsuz devlet anlayışını devam ettirmesi, konuya ilişkin içtihatların da ortaya çıkmasında gecikmeye yol açmıştır. Danıştay’ın hizmet kusuruna dayanan kararlar vermesi 1940’lı yıllara rastlar. İlk kararlarında Danıştay doğrudan ‘hizmet kusuru’ terimini kullanmasa da davalar hizmet kusuru ilkelerine göre sonuçlandırılmıştır.

Şûra-yı Devlet Kanununda kendisine yer bulan idarenin sorumluluğu ilkesi, anayasal bir kurum olarak ilk kez 1961 Anayasasında m. 114’te “*İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz... İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” hükümleriyle düzenlenmiştir. Anayasada sorumluluğun çerçevesi çizilmiş, idare hukukunun içtihadı özelliğine de uygun olarak da sorumluluğun dayanağı için sınırlama getirilmemiştir. 1961 Anayasasında 1971 yılında yapılan değişiklikle, askeri kişilerle ilgili idari eylem ve işlemlerin yargı denetimi Askeri Yüksek İdare Mahkemesine bırakılmıştır.

²⁷ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları III**. Cilt, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1693.

1961 Anayasası döneminde çıkarılan 521 sy. Danıştay Kanunu ile Danıştay, yüksek idare mahkemesi, danışma ve inceleme merci olmuş ve bağımsızlığına kavuşmuştur. 1961 Anayasası döneminde çıkarılan önemli kanunlardan bir diğeri de 657 sy. Devlet Memurları Kanunudur. Kanun m. 13 ile memurların görevleri ile ilgili verdikleri zararlardan dolayı zarara uğrayanlar, zararın tazminini idare aleyhine açacakları dava ile sağlayacaklardır.

Genel olarak 1961 Anayasasından sonra kararlarında kusursuz sorumluluğa da yer veren Danıştay'ın 1950'lerde de uçaksavar mermisinin havada değil de bir fabrikanın üzerine düşüp patlaması sonucu doğan zararın giderilmesi için açılan davada "*hakkaniyet ve adalet*" esaslarına dayanarak risk ilkesini uyguladığına rastlanılmaktadır²⁸. Danıştay 1962 tr. kararında ise bayındırlık işlerinin ifasıyla meydana gelen tesis ve eserlerden toplumun tamamı yararlanmakla birlikte, bazı kişilerin bundan zarar görmesi halinde zararların kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesince karşılanmasını, hakkaniyet ve nasafetin gereği olarak görmüştür²⁹.

1961 Anayasası ile önemli bir gelişme sağlanmış, 1982 Anayasası ile de bu durum korunmaya çalışılmıştır. 1982 Anayasasında 40/3, 125/son ve 129/5. maddelerle idarenin sorumluluğuna ilişkin hükümler getirilmiş, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesine de yer verilmiştir. Ülkemizde sorumluluğun esası, doktrinin de katkılarıyla yargı kararlarıyla gelişme sağlamıştır³⁰.

Anayasa m. 125/son "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*" hükmü, sosyal bir hukuk devleti olmanın gereği olarak idarenin sorumluluğu hakkında genel bir düzenlemedir. 1982 Anayasasının m. 129/5 hükmü³¹ ise -1961 Anayasasından farklı olarak-

²⁸ Çağlayan, a.g.e., s. 109'dan naklen, Danıştay 6.D., 17.1.1952 tr. ve E.1950/1631, K. 1952/84 sy. Kararı, DKM, S.54- 57, s. 486.

²⁹ Danıştay DDGK 19.02.1962 tr. K.62/108 sy. Kararı, nakleden Recep Başpınar, "Tam Yargı Davaları", **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara, 1986, s.499- 501.

³⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s.144.

³¹ 1982 Anayasası m. 129/5: "*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*"

hizmet kusuru ilkesine yer vermiş ve öncelikli olarak kamu görevlisini tazminat davası dışında tutarak ödenecek tazminatı garanti altına almıştır. Kamu görevlisinin kişisel kusuru halinde ise rücu müessesini kabul etmiştir. Salt kişisel kusur durumunda ise zararın giderilmesi için kamu görevlisi aleyhine adli yargıda dava açılacaktır.

2575 sy. Danıştay Kanunu ve 2577 sy. İdari Yargılama Usulü Kanununda da idarenin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Yasal düzenlemelerde gelişmeler olurken Danıştay da içtihatlarında değişikliklere gitmiştir. İdarenin sorumluluğuyla ilgili olarak Danıştay kararlarını genel olarak değerlendirdiğimizde somut olayın durumuna göre sorumluluklara farklı dayanaklar getirdiğini görmekteyiz, bu anlamda içtihat bütünlüğüne rastlamak mümkün değildir.

II. İDARENİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

İdarenin işlem ve eylemlerinden kişilerin uğradıkları zararların idarece tazmin edilebilmesi birtakım şartların varlığına bağlıdır. Özel hukuktaki sorumluluk şartlarına benzer şekilde eylem, zarar ve illiyet bağının birlikte bulunması idarenin sorumluluğunun doğabilmesi için gereklidir.

A. Eylem

İdarenin tazmin borcunun doğması için meydana gelen zararın, idarenin işlem veya eyleminin sonucu olması gerekir. İdarenin sorumluluğu hem düzenleyici hem de bireysel idari işlemler için söz konusu olabilirken idari eylemler için ise idarenin söz konusu eylemi, icrai olabileceği gibi ihmali bir davranış şeklinde de gerçekleşmiş olabilir. Tüm bu durumlarda aslolan, sorumluluğun idareye yüklenebilir olmasıdır. Sorumluluğun idareye yüklenebilmesi bazı durumlarda özellik arz eder:

İdareye yabancı kişilerin verdikleri zararlardan idare sorumlu değildir. Ancak bazı durumlarda eylem, idarenin dışındaki kişilerce yapılırsa da idarenin sorumluluğu doğar.

Kamu yararının gerçekleştirilmesine yönelik olarak bazı olağanüstü durumlarda *görünüşte memur* ilkesi gereğince, bu kişilerin verdikleri zararlar idareye yüklenebilir. Yine sosyal risk ilkesine göre; zarar, idareden değil, terör eyleminden kaynaklanmasına rağmen idarece karşılanmaktadır.

Kamu hizmetinin imtiyaz sözleşmesi yoluyla özel hukuk kişileri tarafından yürütülmesinde ise imtiyaz sahibinin aczi hali saklı kalmak üzere hizmetin yürütülmesi sırasında meydana gelen zararlardan özel hukuk kişisi sorumlu olur³². Ancak yürütülmesi idareye bırakılmış bir kamu hizmetinin özel hukuk kişisine gördürülmesi sırasında doğan zararlardan ise idare sorumludur³³.

Bazı durumlarda ise eylem, idareden kaynaklanmakla birlikte hangi makama atfedileceğinde sorun yaşanabilir.

Yerinden yönetim kuruluşları üzerinde idarî vesayet yetkisini kullanan vesayet makamları, vesayet yetkisinin kullanılmasından dolayı sorumludurlar. Vesayet yetkisine konu olan işlem nedeniyle sorumlu tutulmayan vesayet makamının, işlemi tesis eden idare yerine geçerek işlemin yenisini yapması ise bu kuralın istisnasını oluşturur.

Hizmeti yürüten idarelerde karar ve yürütme organlarının farklı olması durumunda, sorumluluğun yürütme organına yöneltilmesi gerekir. Sorumluluğun yöneltilmesi ve paylaştırılması hususlarını somut olayın özelliklerine göre hâkimin belirleyeceği açıktır³⁴.

İdarenin işlem ve eylemlerinin hizmet kusuru açısından sorumluluğa yol açabilmesi için atfedilen eylemin hukuka aykırı olması gerekirken kusursuz sorumluluğunda idare, hukuka uygun işlem ve eylemlerinden dolayı da sorumludur.

³² Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 316'dan naklen: C.E. , 01.02.1993, Castagnino, **Rec.**, s.1945; C.E. ,23.03.1913, de Madrou, **Rec.**, s.1945.

³³ Çağlayan, **a.g.e.**, s.162, 163.

³⁴ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s.175.

B. Zarar

Zarar, “Bir hukuk süjesinin maddî veya manevî varlığında o süjenin isteği dışı ortaya çıkan kayıp ve eksiklikler”³⁵ olarak ifade edilir. İdarenin sorumluluğunun temel şartı, zarardır ve meydana gelen zararı, zarar gören davacı kanıtlar. İdare tarafından ödenecek tazminat, zarar görenin zenginleşme veya fakirleşme aracı olarak kullanılamayacağından idari işlem veya eylemden doğan zararın meydana geldiği an itibariyle ortaya çıkan ve tespit edilen zararın miktarının belirlenmesinden sonra ilgililerin kusuru oranında indirim yapılarak belirlenir³⁶. Ancak Danıştay’ın *hukukun genel ilkeleri ve idari yargıdaki tazminat davalarının amaçlarını* dikkate alarak dava tarihindeki zararın tazminine de hükmedebilmektedir³⁷.

1. Zararın Çeşitleri

Zarar kavramına ilişkin olarak doktrinde çeşitli sınıflandırmalar yapılmıştır: “*mal varlığı- şahıs varlığı zararları, maddi- manevi zarar, doğrudan doğruya- dolaylı zarar, yansıma yoluyla zarar, fiili zarar- kazanç kaybı zararı*”³⁸. Ancak biz burada zararın bütün çeşitlerine değil, sadece konumuzu ilgilendirdiği ölçüde zarar sınıflandırmalarına ve bunların kapsamına değinmeyi uygun bulduk.

a. Maddi Zarar- Manevi Zarar

³⁵ Danıştay 12. D. 9.11.1978 tr. ve E. 76/2124, K. 78/ 7879 sy. Kararı, **DAN- DER**, S. 34–35, s. 588, Kaplan, **a.g.e.**, s. 5.

³⁶ Danıştay 10. D. 7.11.1996 tr. ve E. 1995/4814, K. 1996/ 7156 sy. Kararı, DBB.

³⁷ Danıştay, 10. D. 28.10.1994 tr. ve E.93/4139, K.94/5234 sy. Kararı, Bahtiyar Akyılmaz, “İdarî Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.6, S.1- 2, 1998, s.199, dn.114.

³⁸ Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 208- 212.

Kişinin mal varlığında ve şahıs varlığında meydana gelen zararlar, geniş anlamda zarar kavramını karşılar. Kişinin mal varlığında isteği dışında meydana gelen azalmaya maddi zarar; kişilik değerlerinde iradesi dışında oluşan eksilmeye ise manevî zarar adı verilir³⁹.

Mal varlığındaki aktif değerlerin azalması veya yok olması ya da pasif değerlerin artması durumunda maddi zarar söz konusu olur. Manevi zarar kapsamında hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, özel yaşam, isim, resim, onur, ticari itibar gibi kişilik hakkını oluşturan değerlerdeki eksilmelerin başka türlü giderilmesi imkânı olmadığından manevi tazminat, zarar gören için bir tatmin aracıdır.

b. Fiili Zarar- Yoksun Kalınan Kâr

Mal varlığının net varlığındaki zarar görenin iradesi dışında meydana gelen fiilen mevcut azalmaya fiili zarar denir. Hayatın olağan akışında mal varlığında meydana gelebilecek artışların kısmen veya tamamen engellenmesiyle mal varlığında oluşan azalmaya ise yoksun kalınan kâr adı verilir. Elde edilmesi umulan kârla, zarar doğuran olay arasındaki illiyet bağının kanıtlanması, tazmin borcunun doğması için yeterlidir⁴⁰.

c. Doğrudan Zarar- Dolaylı Zarar

Zarar doğuran olayın uygun sonucu olan her zarar, doğrudan zarar; bunların dışında kalan diğer zararlar ise dolaylı zarar adını alır. Doğrudan ve dolaylı zararlarda tazminatın belirlenmesi, illiyet bağını ilgilendiren bir meseledir. Bu bağlamda idare, zararı doğuran işlem veya eylemleriyle zarar arasında uygun illiyet bağı bulunduğu sürece zarardan sorumlu olacaktır.

³⁹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2003, s. 472- 473, 483.

⁴⁰ Eren, **a.g.e.**, s.477- 479.

2. Zararın Özellikleri

Hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluk için zarar şartının gerçekleşmiş olması zorunludur. Zararın idarenin sorumluluğuna yol açabilmesi için birtakım özelliklere sahip olması gerekir.

a. Zarar Gerçek ve Kesin Olmalıdır

Zararın tazmin edilebilmesi için öncelikle zararın doğmuş ve güncel olması ya da gelecekte oluşmasının kesin olması gerekir; ileride doğması olası olan zararlar, idarenin sorumluluğuna yol açmaz. Bu nedenle dava dilekçesinde tazmini istenen zarar miktarının açıkça gösterilmesi gerekir. Ancak Danıştay İBK kararında, *kamu görevlilerine ilişkin mevzuattan doğan uyuşmazlıklarda idari işlem nedeniyle uğranılan ve dava açıldığında devam etmekte olduğu için zarar miktarı kesin olarak belirlenemeyen davalar için* dava dilekçesinde miktar gösterilmeden tam yargı davası açılabileceği karara bağlanmıştır⁴¹.

İdarenin işlem ve eylemi nedeniyle kusurlu olması, zararın oluşmasını mutlak kılmadığı için her kusurlu sorumluluk hali tazminata neden olmayacaktır, tazmini gereken gerçek ve kesin bir zarar doğmalıdır⁴².

b. Zarar Parayla Ölçülebilir Nitelikte Olmalıdır

⁴¹ Danıştay İBK E.1983/1, K.1983/10 sy. Kararı, nakleden Danıştay İDDK, 27.10.2000 tr. ve E. 1999/996, K. 2000/ 1038 sy. Kararı, DBB.

⁴² “...gazlı tamponun unutulması nedeniyle olayda idarenin kusurlu olmasına rağmen davacının bu sebeple uğradığı kesin bir zarardan söz etmeye olanak bulunmadığı...” yolundaki Danıştay 10. D. 19.10.1999 tr. ve E.1997/3565, K. 1999/5224 sy. Kararı, DBB.

İdare hukukunda aynen tazmin ilkesi geçerli olmadığından zararın tazmin edilebilmesi için parayla ölçülebilir olması gerekmektedir. Hem maddi hem de manevi zararlar, tazminatın kapsamındadır. Maddi zararın, zarar gören tarafından kanıtlanması zorunlu iken başka türlü tazmin olanağı olmayan manevi zararın kanıtlanması imkânsız olduğundan zarar görenin manevi zararını kanıtlamasına gerek yoktur.

c. Zarar Özel Nitelikte Olmalıdır

Zararın özel nitelikte olması, zararın toplumun bütününe etkilemesi değil, belli kişi veya kişilere yönelmesidir. Kişilerin sayısından ziyade zarar görenlerin belirlenebilir olması önemlidir.

Zararın özel nitelikli olması, idarenin kusursuz sorumluluğunda özellikle kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinde önem taşır. Zira idare kusuruyla yol açtığı bir zararda, zarar görenlerin sayısı fazla olsa da bu zararı tazmin edecektir. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin varlık sebebi, kamu külfetleri karşısında bozulan eşitliği telafi etmek olduğu içindir ki zararın özel olması, bu ilkeyle ilişkilendirilir⁴³.

d. Zarar Hukuken Korunan Bir Duruma Yönelik Olmalıdır

İdarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için zararın tazminini isteyen kişi ile zarar arasında da kanuni bir ilişkinin varlığı gerekir. Hukuk düzenince korunmayan durumlarda ortaya çıkan zararın, idare tarafından karşılanmasına hükmedilmez. Bu konuyla ilgili tartışmalar, resmi nikâhlı olmayan eşin destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmesi üzerinde yaşanmışsa da Danıştay artık bu tür davaları kabul etmektedir⁴⁴.

⁴³ Çağlayan, a.g.e., s. 173, 174.

⁴⁴ Danıştay İDDK, 17.10.1997 tr. ve E.1995/79, K. 1997/479 sy. Kararı.

C. İlliyet Bağı

1. İdarenin Sorumluluğunun Şartı Olarak İlliyet Bağı

Sorumluluk hukukunda tazmin borcunun varlığı için zararın, söz konusu eylem nedeniyle meydana gelmesi lazımdır. İdare hukukunda da idarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için zararın, idari işlem ve eylemin doğrudan sonucu olması gerekir. Zarar, zararı doğuran işlem veya eylemin hayatın olağan akışına uygun, normal sonucu olmalıdır. “Uygun illiyet teorisi” olarak adlandırılan bu teori gereğince zarar verici olayın uygun sonucu olmayan dolaylı zararlardan, idare sorumlu değildir.

Meydana gelen zarara birden çok eylem neden olabileceğinden, eylemlerden birinin zararı doğurabilecek özellikte olması illiyet bağının kurulabilmesi için yeterlidir.

Kusur esasına göre sınıflandırılan idarenin sorumluluğunda illiyet bağı, hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluk halinde aranırken özellikle kusursuz sorumluluğun tespitinde belirleyici unsurdur. Ancak Danıştay’a göre idari işlem ve eylemler ile ifa edilen kamu hizmeti nedeniyle meydana gelen zararlar arasında illiyet bağı kurulabildiğinde tazmin sorumluluğu doğması kuralının istisnası sosyal risk ilkesidir. İlliyet bağı, tazmin sorumluluğunun mutlak şartı olarak görmeyen Danıştay, *kolektif sorumluluk* gereğince sosyal risk ilkesine göre sorumluluğun doğması için *kişisel ve olağandışı zararların* varlığını yeterli görmektedir⁴⁵.

2. İlliyet Bağının Kesilmesi ve Sorumluluğu Etkileyen Haller

⁴⁵ Danıştay 10. D. 25.12.1997 tr. ve E.1996/9012, K.1997/6164 sy. Kararı, **DAN- DER**, S.96, DBB.

Bazı haller vardır ki, idarenin eylem ve işlemi ile meydana gelen zarar arasına girerek illiyet bağıını tamamen veya kısmen keserler. İdarenin dışında gerçekleşip illiyet bağıını kesen bu nedenler, idarenin sorumluluğunu da illiyet bağıının kesilmesine bağlı olarak azaltır veya tamamen kaldırır. Mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışı olarak sayabileceğimiz haller, durumun niteliği ve sorumluluğun sebebine göre sorumluluğu kaldırabilir veya azaltır.

a. Mücbir Sebep

Mücbir sebep, *“yer sarsıntısı, feyezan, ihtilal gibi önceden takdir ve tahmini kabil olmayan, kökeni tabii, sosyal ve hukuki olması itibariyle failin dışında kalan ve bu kişi tarafından önlenme olanağı bulunmayan olaylar”*dır⁴⁶. Tanımda da sayıldığı üzere bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için öngörülemezlik, önlenemezlik ve dışsallık şartlarını birlikte taşıması gerekir. Öngörülemezlik önlenemeyen ve idareye yüklenemeyen bir olay, normal şartlarda sorumlu tutabileceğimiz idare ile zarar arasına girer ve illiyet bağıını keser. Bu durumda idare, zararın artmasına neden olmadıkça kusurlu veya kusursuz olarak sorumlu tutulamaz.

Sık sık karşılaşılan veya benzer olayın yer ve zamanı belirlenebilir şekilde görülmüş olması, mücbir sebep kapsamında değerlendirilmemektedir. Bilim ve teknolojinin de gelişmesine bağlı olarak mücbir sebep sayılan hallerin de alanı daralmaktadır⁴⁷. Örneğin ülkemizde sıklıkla yaşanan sel felaketleriyle ilgili olarak idarenin bu tür felaketlere önlem olarak gerekli tedbirleri almaması, hizmet kusuru oluştururken yoğun yağış beklendiği uyarılarının ardından

⁴⁶ Danıştay 12. D. 18.06.1975 tr. ve E.1972/2721, K. 1975/1343 sy. Kararı, AİD, C. 8, S. 3, S.123, Yıldızhan Yayla, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara 12- 13 Mayıs 1979, İstanbul, 1980, s. 47.

⁴⁷ Yayla, **a.g.m.**, s.50–53.

idarenin önlem almak yerine vatandaşlara önerilerde bulunması düşündürücüdür⁴⁸.

b. Beklenmeyen Hal

İdarenin sorumluluğuna etki eden durumlardan biri olan beklenmeyen hal, hizmetin içinde ve hizmete ilişkin olup umulmayan olaylardır. Mücbir sebepten farklı olarak söz konusu olay, idareye yabancı değil idarenin kendi faaliyetinden kaynaklıdır.

İdarenin kusura dayanan sorumluluğunda teknolojinin imkânlarından da yararlanarak öngörülse bile önlenemeyen durumlarda kusur şartı mevcut olmayacağından, idarenin kusur sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁴⁹. Ancak olay, idarenin faaliyetinden kaynaklandığı için idarenin kusursuz sorumluluğu devam edecektir.

c. Zarar Görenin Davranışı

Tazmini söz konusu olan zarar, tamamen zarar görenin eylemi nedeniyle oluşmuş ve bu eylem, zararlar hizmet arasındaki illiyet bağına kesmişse idarenin hem kusur hem de kusursuz sorumluluğu ortadan kalkar. Ancak zarar görenin eylemi, zararın meydana gelmesini veya artmasını kolaylaştırmışsa, zarar görenin müterafik kusurundan söz edilecek ve bu durumda zarar görenin kusuru oranında idarenin tazmin edeceği miktardan indirim yapılacaktır⁵⁰. Doktrinde bu konuda görüş birliği olmasına rağmen Danıştay'ın müterafik kusur halinde illiyet bağının bulunmadığından bahisle idarenin sorumluluğunun tamamen kalkacağı yönünde kararları mevcuttur⁵¹.

⁴⁸ Konu ile ilgili haberler için bkz: (Erişim) <http://webarsiv.hurriyet.com.tr/2004/08/17/507015.asp> , <http://www.ihha.com.tr/haber/detay.aspx?nid=87699&cid=11> , 20.01.2010.

⁴⁹ Çağlayan, **a.g.e.**, s. 194- 196.

⁵⁰ Onar, **a.g.e.**, s.1721; Esin, **a.g.e.**, s. 220.

⁵¹ Danıştay 10. D. 30.11.1993 tr. ve E. 1992/2659, K. 1993/4765, **DAN- DER**, S. 89, DBB.

d. Üçüncü Kişinin Davranışı

İdare ile herhangi bir hukuki ilişkisi olmayan kişilerin eylemleri de hizmetle zarar arasındaki illiyet bağıını kesebileceği gibi zararın oluşmasına veya artmasına hizmetin yanında katkı sağlayabilir. Üçüncü kişinin eylemi tek başına sorumluluğu doğuran olayda neden teşkil ediyorsa, hizmetle zarar arasındaki illiyet bağı kesilip idareye kusur izafe edilemeyince idarenin kusur sorumluluğundan söz edilemez. Ancak hem idarenin hem de üçüncü kişinin eylemi birlikte zararı doğurmuşsa idare hukukunda müteselsil sorumluluk ilkesi geçerli olmadığı için idare ve üçüncü kişi, kusurları oranında zararı tazmin edeceklerdir. Kusursuz sorumlulukta ise özellikle risk ilkesi açısından üçüncü kişinin eylemi, idarenin sorumluluğunu etkilemez⁵².

D. Zararın Tazmini Ve Tazminatın Hesaplanması

Kişinin mal varlığı ve şahıs varlığından oluşan değerlerde meydana gelen iradesi dışındaki azalmalar, zarar; bu eksilmelerde hukuki sorumluluğu belirlenen kişiye yargı yeri tarafından yüklenen ödev ise tazminat olarak tanımlanmıştır⁵³.

Tazminatın doğru bir şekilde hesaplanabilmesi için öncelikle tazminatın kapsamının belirlenmesi gerekir. Maddi tazminata hükmedebilmek için zararın gerçekleşmiş veya gerçekleşmesinin kesin olması gerekir. Bu bağlamda yargı yerleri, bu iki zararı koşullar elverdiğince birbirini tamamlayan, ikinciye birincinin ilerideki uzantısı olarak kabul eden bir tutumla esnek yorumlar yapmalıdır⁵⁴. Manevi tazminat ise, gerçekleşmiş ve ileride devam edecek manevi zararları kapsamakla birlikte ödenecek tazminat, manevi zararı

⁵² Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s.182.

⁵³ Akyılmaz, **Tazminat**, s. 170.

⁵⁴ Sait Güran, “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara 12- 13 Mayıs 1979, İstanbul, 1980, s.158.

tamamıyla karşılayacak özellikte değildir, sadece zarar görenin tatmin edilmesini esas alır⁵⁵.

İdare hukukunda tazmin yöntemleri, tazminatın tespiti ve hesaplanması hususlarında mevzuatımızda herhangi bir düzenleme olmadığından genel sorumluluk ilkelerine başvurulmaktadır. Ancak bir içtihat hukuku olan *idare hukukunda tazminatın dayanağını da yargı içtihatları oluşturduğundan Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak tazminata hükmedilmesi hukuken doğru değildir*⁵⁶.

Tazmin yöntemi olarak Danıştay uygulamasında zararlar, parayla karşılanmaktadır. Doktrinde Danıştay'ın bu tutumu, bazı durumlarda parayla tazmin etmenin yeterli olmayacağı, tam yargı davalarında diğer giderim yollarının da kullanılması gerektiği hususunda eleştirilmiştir⁵⁷. Yargı yerleri, somut olayın özelliğine göre tazminatın defaten veya irat şeklinde ödenmesine karar verir⁵⁸.

İdare hukukunda tartışılan diğer bir husus da usul hukukundaki *taleple bağlılık* ilkesinin sonucu olarak tazminat miktarının, dava dilekçesinde belirtilen miktarla sınırlı olmasıdır. Resen araştırma ilkesinin kabul edildiği idari yargıda dava sırasında bilirkişinin hazırladığı raporda tazmin edilmesi gereken zarar miktarı, davacının dilekçesindeki miktardan fazla olsa da hâkim en fazla talep edilen miktara hükmetmekte ve maddi gerçekliğe ulaşmada adil sonuçlar doğurmamaktadır. Zarar miktarını davacının yanlış hesaplaması durumunda, medeni usul hukukunda olduğu gibi iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağının istisnası olarak *ıslaha* izin verilmeli veya *fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması* kabul edilmelidir⁵⁹.

1. Maddi Tazminatın Hesaplanması

⁵⁵ Güran, **a.g.m.**, s.157.

⁵⁶ Danıştay, 5. D. 05.12.1991 tr. ve E.1991/3619, K.1991/2346 sy. Kararı, **DAN-DER**. S. 84- 85, DBB.

⁵⁷ Güran, **a.g.m.**, s.158, 159.

⁵⁸ Güran, **a.g.m.**, s.156.

⁵⁹ Akyılmaz, **Tazminat**, s. 179- 182.

Maddi tazminatın kapsamını oluşturan zararlar; mal varlığına ya da beden bütünlüğüne yönelik olabilir. Beden bütünlüğüne yönelik zararlar ise cismani zararlar ve ölüm nedeniyle uğranılan zararlar olarak iki başlıkta incelenebilir.

Tazminat miktarı belirlendikten sonra varsa müterafik kusur, kişinin hakkının ihlal edilmesi nedeniyle elde ettiği gelirler, başka işlerden elde edilen kazançlar ve zarar sebebiyle kurumlarca ödenen miktarlar tazminat miktarından düşülür. Ancak dikkat etmek gerekir ki kurumlarca zarar karşılığı yapılan ödemeler tazminat miktarından düşülür; yoksa kurumlarca ödenen sosyal yardımlar bu kapsamda değerlendirilmez⁶⁰.

Uygulamada ağırlıklı olarak tazminat miktarı, yargı yerleri tarafından bilirkişilere hesaplatılmakla beraber zararın tespitinin *özel bilgi gerektirmemesi* veya *talep edilen zararın miktarının uğranılan zarardan az olmasının açıkça anlaşılması* durumlarında bilirkişiye başvurmadan miktarı kendisi belirlemektedir⁶¹.

Kural olarak zararın meydana geldiği anda idarenin tazmin borcunun doğması sebebiyle zararın miktarı, zararın doğduğu zaman esas alınarak hesaplanır. Ancak zararın meydana geldiği zamanın esas alınması, davaların geç sonuçlanması halinde özellikle enflasyonun hâkim olduğu zamanlarda zarar gören için adil sonuçlar doğurmaz. Bu gibi durumlarda karar tarihi de zararın hesaplanmasında dikkate alınmaktadır. Zararın hesabında dikkate alınacak tarihler konusunda görüş birliği olmaması hal⁶², davacı tarafın faiz talebinde bulunduğu ve yargı yerince de faize hükmedildiği durumlarda faizin başlangıç tarihinin belirlenmesinde de yaşanmıştır⁶³. İYUK m. 13/1’de idari eylemler için düzenlenen ön karar müessesesiyle zararın tazmini için öncelikle idareye başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Danıştay içtihatlarında da idari işlem veya eylemlerden doğan zararın tazmini istemiyle açılan davalarda,

⁶⁰ “...Tazmini gereken zarar tespit edilirken, Sosyal Güvenlik Mevzuatı çerçevesinde bağlanan aylıkların farklı bir hukuki zeminde belirlenen zarar miktarından indirilmesi de hukuken mümkün değildir.” Danıştay 10. D. 16.06.1998 tr. ve E.1996/10203, K.1998/2643 sy. Kararı, DBB.

⁶¹ Akyılmaz, **Tazminat**, s.191- 198.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlayan, **a.g.e.**, s.233- 238.

⁶³ Akyılmaz, **Tazminat**, s. 201.

3095 sy. Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre uygulanacak *yasal faizin başlangıç tarihi olarak idareye başvuru tarihinin, başvurunun bulunmaması halinde dava tarihinin esas alınması* genel kabul görmüştür⁶⁴. Ayrıca yasal faiz, davanın görevli olmayan adli veya askeri yargı yerlerinde açılması durumunda adli veya askeri yargı yerinde açılan dava tarihinden⁶⁵ itibaren hesaplanacaktır. Danıştay'ın idari işlemle ilgili olarak ise önce iptal davası, ardından tam yargı davasının açılması durumunda da iptal davasının açılma tarihinden itibaren faiz işletilmesiyle ilgili kararları⁶⁶ olsa da İDDK bu tür durumlarda zararın tazminiyle ilgili tam yargı davasının tarihinden itibaren faiz yürütüleceğini belirtmiştir⁶⁷.

a. Mala İlişkin Zararlarda Maddi Tazminat

Para ile ölçülebilen ekonomik değerlerden oluşan mal varlığının kapsamı geniş yorumlanır ve zarar görenin hem mevcut durumu hem de ekonomik geleceği ve gelir ihtimali çerçevesinde taşınır ve taşınmaz üzerindeki aynı ve sınırlı aynı haklar, nisbî nitelikteki alacak hakları, fikrî ve sınai haklar mal varlığından kabul edilir. Kişilik hakkını oluşturan değerlerin ihlali de zarar görenin malvarlığını ekonomik yönden etkiliyorsa, şahıs varlığı değerleri, malvarlığının kapsamında değerlendirilir⁶⁸.

İdarenin işlem ve eylemleriyle ekonomik değer taşıyan bir malın tamamen veya kısmen yok olması, zarara uğraması, hakkın kullanılamaz hale gelmesi mala ilişkin zararlar kapsamındadır. Tamamen yok olma halinde malın olağan kullanıma göre değer kaybedip kaybetmemesi araştırması yapılır. Mal değer kaybetmezse tazminat hesabında *ikame değer* esas alınır; aksi halde malın *yıpranma payı* düşülerek tazminat hesaplanır. Malın kısmen yok olması veya zarara uğramasında ise tazminat hesaplanırken tamir

⁶⁴ Danıştay İDDK, 14.04.2005 tr. ve E.2004/2679, K.2005/250 sy. Kararı, DBB.

⁶⁵ Danıştay 10. D. 16.06.1998 tr. ve E.1996/10203, K.1998/2643 sy. Kararı, DBB.

⁶⁶ Danıştay 5. D. 23.02.1993 tr. ve E.1990/470, K.1993/786 sy. Kararı, **DAN- DER**, S.88, DBB.

⁶⁷ Danıştay İDDK, 14.04.2005 tr. ve E.2004/2413, K.2005/249 sy. Kararı, **DAN- DER**, S.110, DBB.

⁶⁸ Eren, **a.g.e.**, s.473, 474.

masrafları ve zarar sebebiyle malın uğradığı değer kaybı dikkate alınır. Ekonomik değer taşıyan hakkın kullanılamaması, kullanım oranının azalması durumunda ise hem gelir kaybı hem de yoksun kalınan kâr, tazminatın kapsamında olacaktır⁶⁹.

b. Cismani Zararlarda Maddi Tazminat

Kişinin anatomik yapısı, fiziksel görünüşü ve ruhsal yapısı, onun beden bütünlüğünü oluşturur⁷⁰. Beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle cismani zarara uğrayan kişinin, maddi zararlarının tazmini tedavi giderleri, çalışma gücünün azalması veya yok olması, ekonomik gelişmenin zorlaşması kalemlerinden oluşur⁷¹.

Zarar gören kişinin sağlığına kavuşabilmek amacıyla yaptığı tedavi giderleri, bunları belgelendirmek şartıyla, maddi tazminatın konusunu teşkil eder.

Cismani zarara uğrayan kişinin, çalışma hayatının etkilenmesi olasılığı çok yüksektir. Çalışma gücündeki kaybın hesaplanmasında çalışma gücündeki azalmanın oranı, çalışma hayatına geçici veya sürekli katılamama durumu, kişinin muhtemel yaşam süresi ve ileride yapılması gereken tedaviler dikkate alınır⁷². Zarar görenin başka bir iş ve meslekte çalışabilme olasılığı varsa, buradan elde edeceği gelirler ve cismani zararları nedeniyle kişiye yapılan tazminat ve ödemeler, tazminat miktarından indirilir⁷³. Kişi çalışma gücünü kaybetmese de ekonomik gelişmesi zorlaşabilir, işinde yükselme

⁶⁹ Akyılmaz, **Tazminat**, s.184, 185.

⁷⁰ Esin, **a.g.e.**, s.447, 448.

⁷¹ Akyılmaz, **Tazminat**, s187; aynı yönde Danıştay 10.D. 16.09.1992 tr. ve E.1990/3640, K.1992/3033 sy. Kararı, DBB.

⁷² Ameliyat ve tedavi giderlerinin zarar gören çocuğun babasının kamu görevlisi olması nedeniyle devletçe karşılanacağından, bu kaleme yönelik taleplerin reddine ve davacının yaşı ve belirlenen işgücü kaybı dikkate alındığında evlenme şansının azaldığının ve girebileceği meslek grupları sayısının sınırlandığından uğranılan zararın tazminine hükmedilen Danıştay 10.D. 18.02.1998 tr. ve E.1996/4835, K.1998/703 sy. Kararı, DBB.

⁷³ Esin, **a.g.e.**, s.448, 449.

imkânlarından yoksun kalabilir. Ressamın sağ kolunun kırılması⁷⁴ örneğindeki gibi bu tür durumlar da maddi tazminat kapsamında kabul edilir.

c. Ölüm Nedeniyle Maddi Tazminat

İdarenin işlem ve eylemleri neticesinde ölümün meydana gelmesi halinde ölümden önceki tedavi giderleri, defin masrafları ile ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin zararları maddi tazminat kapsamındadır.

Zararı doğuracak eylem sonucunda ölüm hemen gerçekleşmemiş ve kişinin tedavisi için uğraşılmışsa tedavi masrafları, kişinin ölümünden sonra mirasçıları tarafından maddi tazminata konu edilebilir. Ölenin dini inancı ile sosyal ve ekonomik durumuna göre yapılacak cenaze masraflarının tazmini de mirasçılar tarafından istenebilir⁷⁵.

Ölüm nedeniyle ödenecek maddi tazminatın en önemli kalemi destekten yoksun kalma tazminatıdır. “*Destekten yoksun kalma tazminatı, desteğini yitiren kimsenin, ölümden önce bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinin devamını sağlayacak yardımın karşılığı olan paranın ödettilmesidir*”⁷⁶. Uygulamada anne ve baba, kural olarak 18 yaşına kadar çocuklar, hayatta kalan eş, ölmeden önce de birbirine destek olan kardeşler, resmi nikâhlı olmayan eşe diğer şartların da varlığı halinde destekten yoksun kalma tazminatı ödenmektedir. Sayılanlar haricinde ölen kişinin sağlığında kendisine destek olduğunu ve yaşasaydı destek olmaya devam edeceğini kanıtlayan kişilere de destekten yoksun kalma tazminatı verilmelidir.

Destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanırken ölenin sosyal ve ekonomik durumu ve yaşı; tazminat isteyen sosyal ve ekonomik durumu ve yaşı; ölen ile tazminat isteyen kişi arasındaki yakınlık derecesi; ölenin tazminat

⁷⁴ Danıştay 12. D. 03.02.1970 tr. ve E. 1965/4201, K.1970/218 sy. Kararı, Esin, **a.g.e.**, s.77, 78.

⁷⁵ Akyılmaz, **Tazminat**, s. 188, 189.

⁷⁶ Danıştay 10. D. 18.04.2006 tr. ve E. 2003/3779, K. 2006/2510 sy. Kararı, **DAN- DER**, S. 113, DBB.

isteyene vereceği destek⁷⁷; hayatta kalan eşin yeniden evlenebilme olasılığı gibi unsurlar göz önünde bulundurulur⁷⁸.

2. Manevi Tazminatın Hesaplanması

Manevi tazminat, idarenin hukuka aykırı işlem veya eylemi nedeniyle kişinin manevi değerlerinde meydana gelen eksilmenin giderilmesi yönünde, bir manevi tatmin aracıdır. Kişinin şahıs varlığı değerlerindeki azalmanın başka türlü giderilmesine imkân olmaması, manevi tazminatın parasal olarak ve takdiren belirlenmesini zorunlu kılmaktadır.

Yasal düzenlemelerde dayanağını Borçlar Kanunu m. 47 ve 49'da bulan manevi tazminatta, idari yargı yerleri tazminatın hesaplanmasının temellerini özel hukukta bulsalar da idare hukukuna özgü yöntemlere göre hüküm kurmaktadır. Manevi tazminatın miktarı belirlenirken *benzer olaylardan yararlanıp karşılaştırarak*⁷⁹ hüküm kuran Danıştay, *ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu, olay nedeniyle duydukları acı ve ızdırabın kısmen giderilmesi, idarenin işlem veya eyleminin hukuka aykırılığının ağırlığı ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek bir miktarı tespit* etmeye çalışır⁸⁰. Bu hususlar dışında ayrıca hükmedilen manevi tazminat miktarının hakkaniyete uygun, aynı olaydan etkilenen bütün kişiler arasında yakınlık ve etkilenme derecelerine adil bir orantı yapılarak belirlenmesi gerektiği de Danıştay kararlarında vurgulanmaktadır⁸¹.

Manevi tazminata sadece gerçek kişiler için değil tüzel kişiler için de hükmedilmektedir. Ancak bir tüzel kişilik lehine manevi tazminata hükmedebilmek için *idari tasarrufun hukuka aykırı olması yanında tüzel*

⁷⁷ “...ölen tutuklunun alması muhtemel hapis cezası da dikkate alınarak davacıların destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması gerektiği” hakkında Danıştay 10. D. 25.01.2006 tr. ve E. 2003/765, K.2006/66, **DAN- DER**, S. 112, DBB.

⁷⁸ Esin, **a.g.e.**, s. 447; Akyılmaz, **Tazminat**, s. 189.

⁷⁹ Güran, **a.g.m.**, s. 162.

⁸⁰ Danıştay 10. D. 28.02.2007 tr. ve E.2004/11213, K.2007/4449 sy. Kararı, **DAN-DER**, S. 117, DBB.

⁸¹ Danıştay 10. D. 20.06.2001 tr. ve E.1999/2410, K. 2001/2637 sy. Kararı, DBB.

*kişiliğin itibarını zedelemesi veya tüzel kişiliğin faaliyetlerini açıkça olumsuz etkilemesi gerekmektedir*⁸².

Dava dilekçesinde belirtilen taleple bağlı olup tazminat miktarını takdiren belirleyen idari yargı yerleri, manevi tazminat için de tazminat davasının açıldığı tarihten itibaren 3095 sayılı Kanuna göre faiz yürütmektedir⁸³.

a. Ölüm Nedeniyle Manevi Tazminat

İdarenin faaliyeti sonucunda meydana gelen ölüm olayından, ölenin yakınlarının acı ve üzüntü duyacağı muhakkaktır. Ancak manevi tazminat talebinde bulunacaklar için Danıştay, “*ölenle çok yakın kan ve sıhrî hısıml olmalarına, ölenin mirasından yararlanabilme koşullarını taşımalarına gerek bulunmadığına*”⁸⁴ hükmederek; anne- baba, eş ve çocukların yanında kardeşlerin, nikâhsız eşin, büyük anne- büyük baba ve üvey anne gibi yakınların manevi tazminat alabileceğini kabul etmiştir⁸⁵.

İdarenin manevi tazminat ödemesine hükmedilebilmesi için idarenin kusurunun olması gerekmemekte, kusursuz sorumluluk durumlarında da manevi tazminata karar verilmektedir, ancak kusursuz sorumluluk halinde daha düşük miktarda bir manevi tazminat takdir edilmektedir⁸⁶.

b. Cismani Zararlarda Manevi Tazminat

Kişinin beden bütünlüğünün bozulması karşısında olay anında ve gelecekte duyduğu bedensel acı ve üzüntüleri kısmen de olsa giderebilmek amacıyla duyulan acı ve üzüntüyle orantılı olarak⁸⁷ manevi tazminat ödenir.

⁸² Danıştay 10. D. 27.04.2000 tr. ve E.1997/3081, K.2000/1961 sy. Kararı, DBB.

⁸³ Danıştay İDDK, 16.06.2005 tr. ve E.2003/591, K.2005/2154 sy. Kararı, DBB.

⁸⁴ Danıştay 10. D. 28.03.1984 tr. ve E.1983/945, K.1984/663 sy. Kararı, DAN- DER, S. 56- 57, DBB.

⁸⁵ Kaplan, **a.g.e.**, s.63.

⁸⁶ Danıştay 10. D. 29.01.2007 tr. ve E. 2004/7285, K.2007/212 sy. Kararı, DAN- DER, S.115, DBB.

⁸⁷ Danıştay 10. D. 10.04.1992 tr. ve E.1990/3954, K.1992/1362 sy. Kararı, DBB.

Manevi tazminat, kural olarak zarar doğuran olay sonucunda cismani zarar gören kişiye ödenir, ancak Danıştay bazı kararlarında anne- babaya⁸⁸, çocuk ve kardeşlere⁸⁹ de cismani zarar nedeniyle manevi tazminat ödeneceğine karar vermiştir.

Anatomik yapı, fiziksel görünüş veya ruhsal yapıdaki bozulmalar nedeniyle manevi tazminata hükmedebilmek için zarar konusu ihlal, önemli olmalıdır. Basit tıbbi müdahalelerle giderilebilecek zararlar, manevi tazminata konu olmaz⁹⁰.

İdarenin faaliyetinde hizmet kusuru bulunması, tazminata hükmetmek için gerekli değilken; tazminat miktarının belirlenmesinde önemlidir⁹¹.

c. Kişilik Haklarının İhlalinde Manevi Tazminat

Özgürlük, onur, anı, özel yaşam, aile yaşamı, cinsel özgürlükler, isim, resim, ticari itibar, meslek sırrı, mesleki ve ticari itibar gibi kişilik değerlerine yönelik saldırılardan acı ve üzüntü duyan kişilere manevi tazminat ödenir⁹². Kişilik haklarının ihlalinde Danıştay, manevi tazminatın ön koşulu olarak *ağır hizmet kusurunu* aramakta⁹³, idarenin hukuka uygun işlem ve eylemleri nedeniyle veya kusursuz sorumluluğunun bulunduğu durumlarda manevi tazminat taleplerini reddetmektedir. Ayrıca manevi tazminatın ödenebilmesi için idarenin kusuru yeterli olmayıp idarenin faaliyetinden, zarar gören kişinin kişilik değerlerinin etkilenmesi gerekmektedir⁹⁴.

⁸⁸ Danıştay 12. D. 09.09.1966 tr. ve E. 1965/2739, K.1966/2483 sy. Kararı, Esin, **a.g.e.**, s. 470.

⁸⁹ Danıştay 10. D.08.03.1984 tr. ve E.1982/587, K.1984/534 sy. Kararı, Akyılmaz, **Tazminat**, s. 211, 212.

⁹⁰ Akyılmaz, **Tazminat**, s.209, 210.

⁹¹ Esin, **a.g.e.**, s.452, 453; Danıştay 10. D. 10.04.1992 tr. ve E.1990/3954, K.1992/1362 sy. Kararı, DBB.

⁹² Esin, **a.g.e.**, s. 453.

⁹³ Danıştay 10. D. 28.12.1989 tr. ve E.1987/802, K.1989/2731 sy. Kararı, **DAN- DER**, S.78- 79, DBB.

⁹⁴ Akyılmaz, **Tazminat**, s.213, 214.

İdarenin hizmet kusuru neticesinde zarar görenin manevi değerlerinde azalmaya yol açan mala yönelik zararlar için de manevi tazminat ödenmesi Danıştay tarafından kabul edilmiştir⁹⁵.

III. İDARENİN SORUMLULUĞUNUN ÇEŞİTLERİ

İşlem ve eylemleriyle kişilere verdiği zararları tazmin etmek zorunda bulunan idarenin iki çeşit sorumluluğu vardır: kusura dayanan sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğu. Bu bölümde öncelikle asli sorumluluk olarak kabul edilen idarenin kusura dayanan sorumluluğunu sonra da kusursuz sorumluluk ilkelerini inceleyeceğiz.

A. İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu

Kamu hizmetlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak idareye kusur yüklenebiliyorsa idarenin kusura dayanan sorumluluğundan söz edilir. Hizmetten yararlananlar veya hizmete yabancı üçüncü kişiler, idarenin hizmeti kusurlu olarak ifa etmesi ya da hiç ifa etmemesi nedeniyle gördükleri zararlardan dolayı, hizmet kusuru ilkesi gereğince zararlarının tazminini isteyebilirler. Hizmetin kuruluş, düzenleniş ve işleyişindeki eksiklik ve bozukluklar dolayısıyla idarenin sorumluluğuna gidilirken; kamu görevlisinin kişisel kusuru söz konusu olduğunda idarenin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

1. Hizmet Kusuru İlkesi

⁹⁵ Bkz. Akyılmaz, **Tazminat**, s. 214, 215.

Özel hukukun etkisi altında gelişen idare hukukunun, bu etkiden sıyrılma sürecinin bir parçası da hizmet kusuru ilkesinin oluşturulmasıdır. İdarenin sorumluluğu ilkesine geçildiğinde sorumluluğun esası, kusur olarak kabul edilmiştir. İdarenin kusurlu sorumluluğunu ifade eden hizmet kusuru ilkesi, idarenin sorumluluğunda temel prensip olarak kabul edilir.

a. Hizmet Kusuru Kavramı

İçtihatlarla oluşturulmuş ve idarenin sorumluluğunda temel prensip olarak kabul edilen hizmet kusuru ilkesi, genel olarak kamu hizmetinin kuruluş, düzenleniş ve işleyişindeki eksiklik, bozukluk ve aksaklıklardır.

Hizmet kusuru ilkesinin ortaya çıkmasında özel hukuk sorumluluğuna neden olan kusur kavramının büyük bir payı vardır. Ancak hizmet kusuruna neden olan *kusur* ile Roma hukuku kaynaklı özel hukuktaki subjektif *kusur* tamamen farklı kavramlardır. İdare hukukunda kusur, şahısların haricinde, hizmetin kuruluş ve işleyişindeki eksikliklerdir. Burada kusur, şahıslardan bağımsızlaşıp hizmetle ilişkilendirilerek objektif nitelik kazanmıştır. Birçok evreden geçerek sunulan hizmetlerde, sorumluluğu tek bir kişiye yüklemek mümkün değildir. Bu nedenle anonim bir kusurun varlığı kabul edilerek sorumluluk, hizmet kusuru adı altında idareye yüklenir.

İdare hukukundaki *kusur*, özel hukuktaki *kusurdan* daha geniş kapsamlıdır. Özel hukukta kusur, normal ve mantıklı bir insanın davranışları dayanak alınarak açıklanır ve istihdam edenin sorumluluğu kapsamında gerekli dikkat ve özeni göstermiş veya göstermiş olsaydı dahi yine zararın doğumuna engel olamayacağı durumlarda kurtuluş kanıtı getirme olanağı vardır. Oysa idare hukukunda idarenin sorumluluğu asli olduğu için davalar doğrudan idare aleyhine açılır ve idarenin de kurtuluş kanıtı getirmesi mümkün değildir. Çünkü hizmet kusuru, idarenin ajanının tamamen dışında olup hizmetin kuruluş ve işleyişindeki eksikliklerdir.

Hizmet kusuruyla ilgili en kapsamlı tanımı Sarıca yapmıştır:

“İdarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin; ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personelinde yahut işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan araçların kifayetsiz, elverişsiz kötü olması, icabeden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde tecelli eden birtakım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arz etmesidir.”⁹⁶

İdare, kamu hizmetlerinin yukarıdaki tanımda da sayıldığı gibi bütün evrelerinde usulüne uygun olarak hazırlayıp sunmakla yükümlü olup bu süreçte görevini gereği gibi yerine getirmede kusurlu davranması hizmet kusurunu oluşturacaktır. Niteliği itibariyle subjektif olan kusur, tüzel kişiliğe sahip olan idareye yükleneceği içindir ki idare hukukunda kusur, Onar’a göre sorumluluğun esası değil, ancak bir şartıdır⁹⁷.

b. Hizmet Kusuru İlkesinin Özellikleri

Hizmet kusurunun kendine has özelliklerini beş başlık altında toplayabiliriz:

- Hizmet kusuru, sorumluluk açısından **genel** bir kavramdır. Genellik karakteri, hem tüm kamu tüzel kişileri için geçerli olması dolayısıyla organik; hem de idarenin sorumluluğunun genel ilkesi olması açısından maddi boyutludur. Tarihsel süreç içerisinde genellik ilkesinin maddi boyutu, hukukumuzda da yasal düzenlemelerde sorumluluk için kusurun şart tutulmaması sebebiyle önemini yitirmiştir.
- Hizmet kusuru, **bağımsız** bir niteliği haizdir. Fransız Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesinin kararlarıyla özel hukuktaki sorumluluktan bağımsız

⁹⁶ Ragıp Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, cilt:15, sayı:4, 1949, s. 858.

⁹⁷Onar, **a.g.e.**, s.1696.

bir kimlik kazanan hizmet kusuru ilkesi, idare hukukuna özgü, bağımsız ve orijinal bir kavramdır.

- Hizmet kusuru, **anonim** bir kusurdur. İdarenin sorumluluğunda hizmet kusuru ilkesi araştırılırken, idarenin ajanlarının kusuru değil, hizmete ilişkin kusur araştırması yapılır. Bu nedenle kusurlu davranışta bulunan ajanın araştırılmasına gerek yoktur, hizmetin kuruluş ve işleyişindeki kusurun ortaya çıkarılması yeterlidir. Ancak ileride “Kişisel Kusur” başlığında da inceleyeceğimiz gibi, ajanların kişisel kusurundan kaynaklanan ve hizmetle ilgisi olmayan hallerde idareyi sorumlu tutmak söz konusu olmayacaktır.

- Hizmet kusuru, **asli ve birinci dereceden** bir sorumluluktur. İdarenin faaliyetiyle zarara uğrayan kişi, zararın tazminini hizmeti yürüten ajandan değil doğrudan idareden ister. İdarenin, Borçlar Kanunu m.55'teki gibi kurtuluş kanıtı getirememesi, şüphesiz özel hukuktaki sorumluluk hükümlerinden daha büyük bir güvence sağlar.

- Hizmet kusuru olaylara göre **değişkenlik** gösterir. Kamu hizmetinin kuruluş ve yürütülmesinde görülen her aksaklık, idarenin sorumluluğunu gündeme getirmez. Her somut olay; *“kamu yararı, kamu hizmetinin gerekleri, işleyiş koşulları, zaman ve yer koşulları, zararın niteliği ve zararlar kusur arasındaki ilişkinin derecesi”* gibi unsurlar yönünden değerlendirilerek belirlenen kusur açısından tazminat gerekip gerekmeyeceği idari yargı yerlerince karara bağlanır⁹⁸. Bu nedenledir ki hizmet kusuru, her olaya göre değişkenlik gösteren esnek bir kavramdır.

c. Hizmet Kusuru Sayılan Haller

Hizmet kusuruyla ilgili çeşitli sınıflandırmalar yapılmıştır, ancak bunlardan Duez'in yaptığı “hizmetin geç işlemesi”, “kötü işlemesi” ve “hiç işlememesi” gruplaması en önemlisidir. Asıl sınıflandırma bu olmakla birlikte özellikle Fransız içtihatlarında gözetim ve denetim eksiklikleri, bayındırlık

⁹⁸ Esin, a.g.e., s. 31.

hizmetlerindeki bakım eksiklikleri, dikkatsizlik, yetersizlik ve benzer durumları kapsayacak şekilde daha kapsamlı bir sınıflandırma yapılmaya çalışıldığı gözlemlenmektedir⁹⁹. Ancak bu tür kapsamlı tanımlamalarda her eksikliği, bozukluğu özel olarak belirtmenin güçlüğü karşısında daha genel başlıklar kullanmak daha faydalı olabilir, zira “*hizmet*” bir bütündür ve hizmetin geç işlemesi, kötü işlemesi ve hiç işlememesi halleri arasına kesin bir çizgi koymak da her zaman mümkün olmamaktadır¹⁰⁰.

(1) Hizmetin Kötü İşlemesi

İdarenin yürütmekte olduğu hizmetleri, hizmetin gereğine uygun olmaksızın beklenen dikkat ve standartta yerine getirmemesi, hizmetin kötü işlemesi halini oluşturur. Kamu hizmetlerinin çeşitliliği ve değişkenliği karşısında hizmetin kötü işlemesi halinin sınırlarını çizebilmek güçtür. Kamu hizmetlerinin bu özelliğini dikkate alarak idari yargı yerleri de somut olayın özelliğine göre ve özellikle de hizmetin niteliği, zaman ve yer şartları, idarenin sahip olduğu imkân ve araçları ve benzer diğer durumları değerlendirerek sonuca ulaşabilirler¹⁰¹.

Hizmetin kötü işlemesi halinin sınırlarının belirlenmesindeki güçlükle birlikte doktrin ve içtihatla konuyla ilgili bazı ölçütler de ileri sürülmüştür. Örneğin idarenin “ konuyla ilgili hukuk kurallarına, teamüllere uymaması veya hizmet gereklerini objektif ölçüler içinde gözetmemesi”, “hizmeti beklenen dikkat, özen ve standartta yapmaması”¹⁰², “personelin seçiminde gerekli

⁹⁹ Atay, Odabaşı, Gökcan, a.g.e., s.71.

¹⁰⁰ Ozansoy, **Kusurdan Sorumluluk**, 266, 267; Ömer Anayurt, **Türk Hukukunda İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989, s. 56.

¹⁰¹ Serdar Özgüldür, “İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları” in İl Han Özay, **Gün Işığında Yönetim**, İstanbul, 2002, s. 735.

¹⁰² “...kan örneğinin alınarak ilgili tanı merkezine gönderilmesine rağmen hastalığın o aşamada teşhis edilemediği, hastalığa ilişkin kan örneklerinin alınması, bu örneklerin toplanması ve tanı merkezlerinde incelenmesi aşamalarında, her bir örnek açısından detaylı bir kayıt örneğinin uygulanmadığı; dolayısıyla, erken ve sınırlı bir zaman diliminde teşhis edilip tedavisine başlanması gereken “fenilketonüri” hastalığının mücadele biçimine ilişkin kamu hizmetinin kötü işlemesi nedeniyle

özenin gösterilmemesi, personele gerekli eğitimin verilmemesi ve personel üzerindeki denetimin gereğince yapılmaması”¹⁰³, “hizmetin işleyişi sırasında yeterli önlemlerin alınmamış olması ve gerekli imkân ve aracı sağlamaması”¹⁰⁴ hallerinde hizmetin kötü işlediği kabul edilmektedir¹⁰⁵.

Hizmetin kötü işlemesi, hem idari işlemler hem de idari eylemler için söz konusu olabilir. İdari işlemlerde hukuki kusur olarak karşımıza çıkan ve genel olarak mevzuata ve hukuk kurallarına aykırı işlem tesisi¹⁰⁶ başlığı altında toplayacağımız idari kararlarda yanlış ve dayanaksız kayıtlara yer verilmesi, düzenleyici işlemlerin yanlış yorumlanması, idarece işlemin muhataplarına yanlış ve eksik bilgi verilmesi, ödemelerin yanlış yapılması¹⁰⁷ gibi durumlar idarenin sorumluluğuna yol açacaktır¹⁰⁸.

(2) Hizmetin Geç İşlemesi

davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmini gerektiği...” hakkında Danıştay 10. D. 20.10.2006 tr. ve E. 2003/3146, K. 2006/5850, **DAN- DER**, S.114, DBB.

¹⁰³“*Davacılar yakınının... Polis Karakolunda dövülüp işkence yapılması sonucu ölümü nedeniyle... hizmet personeli üzerindeki denetimin gereğince yapılmamış olması hizmetin kötü işlemesi...*” hakkında Danıştay 10. D. 12.10.1999 tr. ve E.1997/3568, K. 1999/4782 sy. Kararı, DBB.

¹⁰⁴“*...önceden başvuruda da bulunduğu halde meydana gelmesi kuvvetle olası olayın önlenmesi için gerekli önlemleri almadığı, gerekli imkân ve aracı temin ederek hazır bulundurmadağı anlaşılan İdarenin hizmet kusuru açık olup; İdarenin doğan zararı tazmini gerektiği...*” hakkında Danıştay 10. D. 10.04.1996 tr. ve E. 1995/53, K. 1996/1913, **DAN- DER**, S.92, DBB. “*...olayda davacıların çocuğunun sulama kanalına düşerek öldüğü, idarenin yerleşim biriminden geçen bir kanalın etrafını kapatmamakla açıkça hizmet kusuru işlediği, davacıların uğradıkları zararın idarece tazmin edilmesi gerektiği...*” hakkında Danıştay 6. D. 27.10.1993 tr. ve E. 1992/3057, K. 1993/4149, DBB.

¹⁰⁵ E. Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 1. Bası, Turhan Kitabevi, 2006, s. 581.

¹⁰⁶“*... ilgili banka şubelerinin kayıtlarının incelenmesi halinde yurt dışından getirilen dövizlerin bozdurulması suretiyle açtırıldıkları açıkça anlaşılabilecek olan davacılara ait banka hesapları hakkında, davacıardan birinin Türk vatandaşı olduğunu da dikkate almadan, TPKK Hakkında 30 sayılı karara aykırı biçimde, gerekli ve yeterli inceleme yapmadan blokaj işlemi uygulanan davalı idarenin, olayda hizmet kusuru bulunduğu...*” hakkında Danıştay 10. D. 25.01.1989 tr. ve E. 1988/1011, K. 1989/111, **DAN- DER**, S.76- 77, DBB.

¹⁰⁷ “*...ilgililerin yaş haddini doldurdıkları tarihte vazifeleriyle ilgilerinin kesilmesi gerektiğinden, davacının yaş haddini doldurduğu 1.7.1984 tarihinde vazifesiyle ilgisini kesmeyerek yasalara aykırı biçimde davacıyı 15.10.1992 tarihine kadar göreve devam ettirerek çalıştıran kurumunun emekli ikramiyesinin de geç ödenmesine yol açması sebebiyle hizmet kusuru bulunduğu kabulü ve davacının uğradığı zararın da tazmini gerektiği...*” hakkında Danıştay 10. D. 26.12.1996 tr. ve E. 1995/5400, K. 1996/8737, DBB.

¹⁰⁸Halil Kalabalık, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, 2. Basım, Değişim Yayınları, Eylül 2006, s.162’den naklen, Necdet Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara, 1963, s. 56- 57.

Kamu hizmetinin ifası sırasında idarenin mevzuata uygun davranması yeterli olmayıp ayrıca hizmetin özelliğine göre zamanında, hizmeti ifası gerekmektedir. İdarenin yapmakla yükümlü olduğu bir hizmeti kendisinden beklenmeyecek oranda geç veya yavaş ifa etmesinden doğan zararlarda hizmet kusuru ilkesine başvurulmaktadır.

Hizmetin kötü işlemesi halinde olduğu gibi burada da mevzuatta hizmetin yürütülmesi için süre gösterilmesi halleri saklı kalmak üzere idarenin sorumlu tutulup tutulmayacağı somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. Uygulamada nadiren rastlandığı gibi mevzuatta bir hizmetin yürütülmesi için belli bir süre öngörülmesi¹⁰⁹ ve de idare bu süreyi geçirmişse, hizmetin geç işlediğinden kolaylıkla söz edebiliriz. Belirlenen bu süreler, idareye tanınan azami süreler olup hizmetin ifası için idarenin sürenin son gününü beklemesi gerekmez, mümkün olan en kısa sürede hizmeti yerine getirmesi gerekir. Mevzuatta süre belirtilmediği takdirde ise idari yargı yerleri hizmetin niteliği, idarenin sahip olduğu imkân ve araçlara ve somut olayın özelliklerine göre beklenen çabukluğun idarece sağlanıp sağlanmadığını araştıracaktır. Hizmetteki gecikmenin, hizmet için gerekli dikkat ve özenin gösterilmesinden kaynaklı olması hallerinde ise hizmet kusurundan söz edilmeyecektir¹¹⁰.

İdari yargı yerlerinin hizmetteki gecikmenin ölçütlerinden biri olarak da “makul süre” kavramını kullandığını görmekteyiz. Danıştay bir kararında kamu idarelerinin, ifa etmek zorunda oldukları kamu hizmetlerinin *hukuka uygun hareket ederek ve yürütülen hizmetin özelliğine göre makul sayılabilecek süre içinde* yapmaları gerektiğini belirtmiş, bu hizmeti makul süre içinde yerine

¹⁰⁹Örneğin İYUK m.10 “1. İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. 2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay’a, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler...” ile idarenin ilgilinin başvurusunu sürüncemede bırakmasını engellemek için azami cevap verme süresi belirlenmiş, idare bu süre içinde cevap vermediği takdirde ilgiliye dava açma hakkı tanınarak hakkını koruması yolunda yeni bir hak vermiştir. İYUK m. 28’de de “1. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez...” hükmü ile mahkeme kararlarının yerine getirilmesi için idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Tanınan bu 30 günlük sürenin sonuna kadar idarenin bekleme hakkı olduğu düşünülemez.

¹¹⁰ Esin, a.g.e., s. 45.

getirmeyen idarenin kusurlu olduğunu kabul etmiştir¹¹¹. Çeşitlilik ve değişkenlik gösteren kamu hizmetleri karşısında idareye takdir hakkını tanıyan makul sürenin keyfi davranışlara yol açmaması asıl olmalıdır.

(3) Hizmetin Hiç İşlememesi

İdarenin kamu hizmetini kötü veya geç ifa etmesinin haricinde yapmakla görevli olduğu hizmet hakkında hareketsiz kalması da hizmet kusurunu oluşturur. Hizmetin hiç işlememesiyle ilgili örneklerle daha çok kolluk¹¹², bayındırlık, belediye¹¹³, sağlık¹¹⁴ hizmetlerinde rastlamaktayız.

İdareye bir hizmeti yerine getirmesi konusunda yükümlülükler getirildiği hallerde bağlı yetkisi bulunan idare, hizmetin gerektirdiği imkânlarla sahip olmakla beraber hizmeti ifadan kaçınırsa zararın sorumlusu olur. Ancak idarenin takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda kesin bir kural koyma imkânı yoktur, bu durumlarda idari yargı yerleri somut olayın niteliğine göre idarenin sorumlu olup olmayacağını belirleyecektir. İdari yargı yeri öncelikle takdir yetkisinin hukuka uygun kullanımını değerlendirip hukuka aykırılığı tespit ettikten sonra zarar başta olmak üzere sorumluluğun diğer şartlarının da oluşmasıyla idarenin sorumluluğuna hükmedebilecektir¹¹⁵.

Anayasanın 65. maddesinde yer alan “*Devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun*

¹¹¹ Danıştay 10. D. 01.05.1984 tr. ve E.1984/1041, K. 1984/910 sy. Kararı, **DAN- DER**, S.56- 57, DBB.

¹¹² “...genel güvenlik ve asayiş sağlama ve korumakla görevli davalı idarenin... Gazetesinin bürosunun bulunduğu apartmanda gerekli güvenlik önlemlerini almaması, idarenin genel güvenlik hizmetlerinde kusurlu olduğunu ortaya koyduğu, bu itibarla uğranılan maddi tazminatın ödenmesi...” hakkında Danıştay 10. D. 15.03.2001 tr. ve E. 1999/863, K. 2001/904 sy. Kararı, DBB.

¹¹³ “...oluşan toprak kayması sonucu yolun altında bulunan kahvehanede bulunup, toprak altında kalan yakınlarının ölümü nedeniyle davacıların uğradığı zararın, ruhsatsız kahvehanenin çalışmasını engellemek için üstüne düşen denetim görevini yerine getirmeyen, açık hizmet kusuru bulunan davalı idarece tazmini gerektiği...” hakkında Danıştay 10. D. 13.09.1993 tr. ve E. 1993/724, K. 1993/3146 sy. Kararı, **DAN- DER**, S.89, DBB.

¹¹⁴ “...yaralı olarak getirildiği Hastanede kaldığı uzun süre içerisinde yeterli tıbbi müdahalenin yapılmaması... ve sağlık hizmetinin iyi işlememesi sonucunda vefat etmesi nedeniyle uğranılan zararın idarece tazmin edilmesi gerektiği...” hakkında Danıştay 10. D. 09.11.1999 tr ve E. 1997/4839, K. 1999/5475 sy. Kararı, DBB.

¹¹⁵ Esin, **a.g.e.**, s.38.

öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” hükmü, kamu hizmetlerinin ifasında idarenin, ekonomik kaynakların yetersizliği gerekçesine sığınması sonucunu doğurmaz. Hizmetin ifası konusunda takdir yetkisine sahip olan idare; personelinin, araçlarının ve maddi imkânlarının yetersiz olması sebebiyle hizmeti ifadan kaçınamaz. Aynı şekilde ifası gerekli bir kamu hizmetini kendi görev alanı içinde değerlendiren bir idare, çalışmalarına başladıktan sonra hizmetin kendi görev alanı dışında olduğundan bahisle, en azından görevli diğer kamu idaresi faaliyetlerine başlayıncaya kadar hizmeti ifaya son vermemelidir¹¹⁶.

İlerleyen bölümlerde sosyal risk ilkesini incelerken de değineceğimiz gazeteci yazar Uğur Mumcu suikastiyle ilgili Danıştay kararında¹¹⁷; Uğur Mumcu'nun *yaptığı araştırmalarla suçların ve suç örgütlerinin ortaya çıkarılmasındaki katkıları ve düşünceleri nedeniyle terör örgütlerinin açık hedefi haline geldiği ve terör örgütlerinin de 3713 sy. Terörle Mücadele Kanununun 20. maddesi kapsamına girenlere yönelik eylemlerde bulunduğu da dikkate alındığında gerekli koruma tedbirlerinin alınmaması bir hizmet kusuru* olarak kabul edilmiştir. Danıştay bu kararında olayla ilgili olarak öncelikle kusurlu sorumluluk ilkelerini araştırmış, hizmetin işlememesi haline değinmiş ve olayda idareyi kusurlu addettikten sonra sosyal risk ilkesini göz ardı etmiştir.

d. Kusurun Derecelendirilmesi ve Kanıtlanması

İdare hukuku geçmişinde idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için kusur kavramı derecelendirilmiş ve bir idari işlem veya eylemin mevzuata veya hukuka aykırı olması, idarenin kusurlu davrandığını gösterse de her kusurluluk halinin idarenin sorumluluğunu doğurmayacağı kabul edilmiştir. İdarenin kusur sorumluluğundan söz edilirken hizmetteki aksaklık veya bozukluğun belli bir ağırlığa ulaşması gerekmektedir. Bu teoriye göre idarenin yürütülmesi zor bazı

¹¹⁶Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s.76.

¹¹⁷ Danıştay 10. D 18.03.1998 tr. ve E. 1996/10292, K. 1998/1190 sy. Kararı, DBB.

faaliyetlerin ifası sırasında hata yapmamak için ayrıntılı çalışmalar yapması, hizmetin gereği ve kamu yararı düşüncesiyle bağdaşmayacağı gibi bu tür faaliyetlerde sorumluluk için basit kusurun yeterli görülmesi halinde kusurun tespiti zorlaşacak ve basit kusurun sorumluluğu doğurması halinde de idarenin hareketsiz kalmayı tercih etmesi söz konusu olabilecektir¹¹⁸. İdare hukukunda önemli tartışmalara yol açan bu teorinin günümüzde de geçmişteki kadar etkin olmasa da kullanılmaya devam edildiğini görmekteyiz.

İdare hukukunda hizmet kusuru için teorik olarak, geçmişte daha fazla olsa da, son olarak üçlü bir derecelendirme yapılmıştır. *Hafif kusur*, ancak iyi bir idarenin işlemeyeceği kusur; *ağır kusur*, normal şartlarda bir idarenin bile aynı hal ve şartlarda işlemeyeceği kusur; *olağanüstü kusur* ise, ancak kötü bir idarenin işleyeceği, ağırlığı açıkça belli olan kusurdur¹¹⁹. Her ne kadar terimler için genel tanımlamalar yapılsa da uygulamada kusurun derecesi belirlenirken kullanılabilecek objektif ölçütler olmadığı için hâkim bu konuda takdir yetkisine sahiptir. Kusurun derecelendirilmesinde doktrinde genel olarak şu ölçüler kullanılmıştır: *hizmetin sosyal önemi, hizmetin görülmesindeki güçlük, idarenin sahip olduğu olanaklar, zaman ve yer, zarar görenin hizmet karşısındaki durumu, zararın ihtimal derecesi, hizmete ilişkin yazılı hukuk kuralları*¹²⁰.

Tarihsel süreç içerisinde Fransız Danıştay, *ulusal güvenlik, genel kolluk, sağlık, itfaiye, akıl hastaları ve hükümlülerin gözetilmesi* hizmetleri ile *kamu alacaklarının toplanması ve idari vesayet* işlerinde ağır hizmet kusurunu aramıştır¹²¹. Ancak zaman içerisinde sağlık hizmetlerinde medikal veya cerrahi operasyon gerektiren durumlarda, ağır hizmet kusuru uygulamasından vazgeçilerek her somut olayı kendi içerisinde sorumluluğu gerektirecek hataları doktorun işleyip işlemediğinin değerlendirmesi yapılmaktadır. Kolluk hizmetleri ile vergi ve denetim işlerinde ise ağır kusur uygulamasına devam edilmektedir. Kolluk hizmetlerinin, bürokratik etkinlikler ve maddi etkinlikler olarak ayrılan iki boyutunda farklı uygulamalar söz konusudur. Maddi

¹¹⁸ Gözler, **a.g.e.**, s.726–729.

¹¹⁹ Sarica, **Hizmet Kusuru**, s.866–867; Anayurt, **a.g.e.**, s.76; Kalabalık, **a.g.e.**, s. 168'den naklen Özdemir, **a.g.e.**, s.112.

¹²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Esin, **a.g.e.**, s. 48- 51.

¹²¹ Esin, **a.g.e.**, s. 51.

etkinliklerde olaya hemen müdahalesi zorunlu olan kamu görevlileri için getirilen ağır kusur şartı; bürokratik etkinliklerde, işlemi tesis etmek için zamana sahip olan kamu görevlisi için uygulanmamaktadır¹²².

Türk hukukunda ise Danıştay, hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı durumlarda idarenin sorumluluğunun doğması için ağır hizmet kusurunu aramış, ancak verdiği kararlarda istikrarlı içtihat geliştirmemiştir. Günümüzde kusursuz sorumluluk ilkesinin de kapsamı genişletilirken kusur sorumluluğu ilkesine şart olarak ağır kusuru getirmek pek de akla yatkın gelmemektedir. Yine de Danıştay'ın son yıllarda verdiği kararlarda, özellikle sağlık hizmetleriyle ilgili davalarda, Fransız Danıştayının kararlarına paralel olarak sorumluluk için ağır hizmet kusurunu aradığını görmekteyiz¹²³. Danıştay bir kararında da 'Tele kulak' olarak anılan haberleşmenin gizliliğinin ihlali halini, hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı durumlar için geliştirilen ve istisnai olarak başvurulmuş ağır kusur olarak değerlendirmesi hatalıdır¹²⁴.

Hizmet kusuru nedeniyle idarenin kusurunu kanıtlama yükü, idarenin işlem ve eyleminden zarar gören davacıya aittir. Ancak idari yargıda hâkimin resen inceleme yetkisine sahip olmasından dolayı gerekli belgeleri mahkemeye sunan davacı, özel hukuka göre daha pasif konumda olmaktadır. Bazı durumlarda ise davacı lehine kusur karineleri de geliştirilerek davalı idare hizmetin ifası sırasında kusursuz olduğunu kanıtlamakla yükümlü bırakılmıştır. Fransız Danıştayı kamusal tesislerden yararlananların uğradıkları zararlarda ve tedavi hizmetlerinde olağandışı ve beklenmedik durumlar sonucu ortaya çıkan zararlarda kusur karinesini uygulamaktadır. Ancak Danıştayımız, kusur

¹²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s.90- 99.

¹²³ "...idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan "ağır hizmet kusuru"; riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dâhil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır." Danıştay 10. D. 24.09.2007 tr. ve E. 2005/3719, K. 2007/4316 sy. Kararı, **DAN- DER**, S. 117, DBB.

¹²⁴ Danıştay 10. D. 21.01.2004 tr. ve E.2002/6052, K. 2004/472 sy. Kararı, **DAN- KAR- DER**, S. 6, DBB.

karinelerini kullanmamakta, bu tür durumlarda kusursuz sorumluluk ilkelerine dayanmaktadır¹²⁵.

2. Kişisel Kusur İlkesi

Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, faaliyetlerini kamu görevlileri vasıtasıyla yerine getirirler. İdarenin faaliyeti neticesinde doğan zararlarda, zararın hizmetten mi kamu görevlisinin kişisel kusurundan mı kaynaklandığının tespiti önemlidir.

a. Kişisel Kusur Kavramı

“*Hizmetten ayrılabilen kusur*” olarak da adlandırılan¹²⁶ kişisel kusur, kamu görevlisinin kamu hizmetiyle ilgili olmayan kusurlu işlem ve eylemlerinden dolayı idareye yüklenemeyip hizmet kusuru dışında kalır. Bu nedendir ki kişisel kusurun mevcut olması durumunda sorumluluk esasları, özel hukuk kurallarına göre adli yargıda değerlendirilir.

Kişisel kusur, tamamen kişisel nitelikli olabileceği gibi hizmetin kusuru ile de bir arada bulunabilir. Kamu görevlisinin görevinin dışında günlük hayatında kişisel kusurunun bulunduğu halde sorumluluk özel hukuk kurallarına göre belirlenir. Ancak gündelik hayatta da kamu personelinin görevi dolayısıyla bulundurduğu yetki, araç nedeniyle işlediği kusur, hizmet kusuru sayılabilecektir. Kamu görevlisinin, görevini ifa ederken sadece kişisel kusur ilkesine başvurulması ise istisnaidir. Genel olarak kamu görevlilerinin seçimi ve eğitilmesi gibi durumlarda idare kusurlu kabul edilerek yargı yerleri, hizmet kusurunun kapsamını geniş tutmaktadır.

¹²⁵ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt 2: İdari Yargılama Hukuku**, Mevzuattaki Son Değişiklikler İşlenerek Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 758, 759.

¹²⁶ Onar, **a.g.e.**, s.1699.

657 sy. Devlet Memurları Kanununun¹²⁷ getirdiği sistemle de kamu görevlilerinin kamu hukukuna tabi görevleri ile ilgili meydana getirdikleri zararlardan dolayı dava, idare aleyhine açılacaktır. Böylelikle görevleri nedeniyle verdikleri zararlardan dolayı kamu görevlisi aleyhine dava açmak mümkün değildir. Ancak zararı tazmin eden idarenin genel hükümlere göre, işlem ve eylemleriyle zarara sebebiyet veren kamu görevlisine kusuru oranında rücu hakkı saklıdır.

Hizmet kusuru ile kişisel kusuru birbirinden ayırt edebilmek için bazı ölçütler kullanılmaktadır. Bunlar:

i. Kamu görevlisinin **suç niteliği taşıyan eylemleri** kişisel kusur olarak değerlendirilir. Kamu hizmetinin ceza kanunlarınca suç sayılan eylemlerle birlikte anılması söz konusu olamayacağı için hizmetin yürütülmesi sırasında işlenen suçlarda kamu görevlisi kişisel kusuru nedeniyle sorumlu olur.

ii. Kamu görevlisinin **kusuru ağır** olduğu takdirde kişisel kusur kabul edilir. Kamu görevlisinin hizmetin gereklerini ve mevzuatta açıkça belirlenen görevlerini kasıtlı olarak yanlış uygulaması ya da yerine getirmemesi, kamu görevlisinin ağır kusurunu oluşturur. Bu ölçütün en belirgin örneği, kamu görevlisinin mahkeme kararlarını yerine getirmemesi halidir. İYUK m. 28 gereğince mahkeme kararlarını otuz gün içinde kasten yerine getirmeyen kamu görevlisi hakkında dava, kamu görevlisi hakkında adli yargı yerlerinde açılabileceği gibi idari yargıda idare aleyhine de açılabilir.

iii. Kamu görevlisinin görevini ifa ederken **kasıtlı olarak yaptığı kötü niyetli işlem ve eylemler** kişisel kusur oluşturabilir. Kişisel kusurdan bahsedebilmek için kamu görevlisinin "... kin, garez, düşmanlık, kıskançlık,

¹²⁷ DMK m.13: *Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kâğıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır./ İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.*

*intikam, kişisel çıkar, üste hoş görünme gibi yalnız zarar verecek duygu ve amaçlarla işlem yapması gerekir...*¹²⁸.

b. Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusur Arasındaki İlişki

Meydana gelen zararlar birden çok sorumluluk kaynağı arasında illiyet bağı kurulabileceğinden, hizmet kusuru ile kişisel kusur arasında her iki kusur veya sorumluluğun içtima edilebileceği kabul edilmiştir¹²⁹.

Aynı zararı doğuran birden çok eylem varsa bunlardan bir kısmı hizmet kusuru diğer bir kısmı ise kişisel kusur kaynaklı olabilir. Fransız hukukunda klasik örnek olarak verilen 1911 tr. *Anguet Kararı*nda belirtildiği üzere kişisel kusur ile hizmet kusurunun bir arada bulunması (kusurların içtiması) halinde mağdur, zararının tazmin edilmesi için ister idari yargıda idare aleyhine isterse de adli yargıda kamu görevlisi aleyhine dava açabilir. Her iki kusurla da illiyet bağı kurulabildiği takdirde birinin varlığı, diğerini ortadan kaldırmaz. Kusurların içtiması ilkesi, hem mağduru kamu görevlisinin zararı karşılayamaması riskinden korumakta hem de kamu görevlisinin mağdur karşısında ağır bir sorumluluk altında ezilmesini önlemektedir¹³⁰.

Tek bir eylem neticesinde meydana gelen zararda hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe geçmesi hali Fransız Danıştayının 1918 tr. *Lemonnier Kararı*¹³¹ ile örneklendirilir. Dava sürecinde kanun sözcüsünün “*kusur belki hizmetten ayrılır, fakat hizmet kusurdan ayrılamaz.*”¹³² ifadesi, sorumlulukların içtimasının temel felsefesini açıklamaktadır.

Kusur ve sorumluluğun içtiması ilkelerinin kabulü sonucunda mağdurun, sıra takip etmeksizin idare veya kamu görevlisini davalı olarak seçme hakkına sahip bulunmasından dolayı idare ile kamu görevlisi arasında bir çeşit

¹²⁸ Yargıtay 4. HD. 15.05.1970 tr. ve E. 69/5644, K. 70/4549 sy. Kararı, Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 303.

¹²⁹ Onar, **a.g.e.**, s.1703.

¹³⁰ Bkz. Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 81- 84.

¹³¹ Bkz. Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s.84.

¹³² Bereket Baş, **İdari Yargı Paneli**, s.340.

müteselsil borçluluğun varlığı kabul edilir. Mağdurun davalılardan birinden zararını tazmin etmesi halinde aynı zarar için diğerine başvurmayacağında tartışma yoktur.

c. Kamu Görevlisine Rücu Sorunu

Hukukumuzda 1982 Anayasası ve 657 sy. DMK ile kamu görevlilerinin, görevlerini yerine getirirken meydana gelen zararlardan dolayı tazminatın idare aleyhine açılacak davada istenebileceği ve idarenin zarar görene ödediği tazminatı, ilgili kamu görevlisine rücu edebileceği düzenlenmiştir. Ancak kanuni düzenlemelerde rücu müessesine ilişkin sorulara cevap bulmak mümkün değildir, bu konuda doktrinde de görüş birliği oluşmamıştır.

Rücu hakkını kullanacak olan idarenin, bu hakkını hangi ilkelere göre kullanacağı konusunda belirginlik yoktur. Yargıtay¹³³ ve bazı yazarlar, rücu konusunda haksız fiil ilkeleri gereğince özel hukuk kurallarının uygulaması görüşündedirler. Diğer bazı yazarlara göre ise rücu, idarenin iç işleyişine ilişkin olduğu için davada idare hukuku kuralları uygulanmalıdır¹³⁴.

Kamu görevlisinin hangi kusuru olduğunda, rücu müessesesinin işletileceği de ayrı bir sorundur. Doktrinde kamu görevlisinin sadece kastından değil, ağır ve hafif ihmallerinde dolayı da sorumlu olacağı dile getirilmiştir¹³⁵. Yargıtay da verdiği kararlarda rücu açısından ağır kusurun şart olmadığını belirtmiştir¹³⁶.

Zarar gören kişiye tazminat ödeyen idarenin rücu hakkını kullanmada takdir yetkisine mi bağlı yetkiye mi sahip olduğu sorusu da Danıştay kararlarına konu olmuş, *idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal*

¹³³ Yargıtay 4. HD. 14.11.1985 tr. ve E. 1985/7369, K. 1985/9399 sy. Kararı. YKD. 1986, C. XII, S.4, s. 500, Bereket Baş, **İdari Yargı Panel**, s.346.

¹³⁴ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 88.

¹³⁵ Duran **a.g.e.**, s. 35.

¹³⁶ Yargıtay 4. HD. 14.11.1985 tr. ve E. 1985/7369, K. 1985/9399 sy. Kararı. YKD. 1986, C. XII, S.4, s. 500, Bereket Baş, **İdari Yargı Panel**, s.346.

yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etme zorunluluğu kabul edilmiştir¹³⁷.

B. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

1. Kavram Olarak İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

Kusur şartından bağımsızlaşarak idarenin bazı şartlar altında kendi faaliyetlerinden doğan veya idareye yabancı kişilerin verdikleri zararlardan sorumlu olması idarenin kusursuz sorumluluğu olarak tanımlanır. Kusur, sorumluluğun temel şartı olmaktan çıkarılmış ve idarenin sorumluluğunu doğuracak olayla meydana gelen zarar arasında illiyet bağının varlığı yeterli kabul edilmiştir.

Kusursuz sorumluluk ilkesi, kusur sorumluluğunda olduğu gibi özel hukuktan esinlenerek idare hukukunun kapsamına alınmıştır. Özel hukukta XIX. yüzyılın başlarından itibaren uygulanmaya başlayan kusursuz sorumluluk ilkesinin, idare hukukunda kabul edilmesi XX. yüzyılı bulmuştur. Sınaî ve teknik gelişmeler ve bu gelişmelerle karmaşılaşan faaliyetlerde kusuru kanıtlamanın zorlaşması, kusur ilkesinin sosyal devlet eğilimi karşısında yetersiz kalması sonucu kusursuz sorumluluk ilkesinin kabul edilmesi, modern hayat için bir zorunluluk olmuştur¹³⁸. Kusursuz sorumluluk ilkesi, idarenin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine tabi olması bakımından hukuk devleti; belli kişilerin belirli zararlarla karşılaşmaları halinde, bu zararın kişiler üzerinde bırakılmayıp adalet ve hakkaniyetin sağlanması açısından da sosyal devlet anlayışının bir parçasıdır.

Tam yargı davalarında; sebepten ziyade sonucun, hak ihlal edip etmediğine bakılmaya başlanmasıyla, zarar verenden hareketle sorumluluğun

¹³⁷ Danıştay 5. D. 10.11.1997 tr. ve E. 1995/3611, K. 1997/2485 sy. Kararı, DBB.

¹³⁸ Zahir İmre, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949, s.41- 49.

belirlenmesi düşüncesinden uzaklaşıp zarar göreni ön plana çıkarma ve zararı giderme amacı belirginleşmiştir. Önemli olan kişilerin, idarenin faaliyeti sonucunda olağan sayılmayacak ve diğer bireylerden farklı olarak bir zarara uğramasıdır¹³⁹. Kusur sorumluluğuna göre istisnai özelliğini korumaya devam eden kusursuz sorumluluk anlayışı, özel hukukta kanunla düzenlenen belirli konularla sınırlı kalmışken idare hukukunda yargı içtihatlarında birçok konuyla ilgili olarak kendine yer bulmuştur¹⁴⁰.

İdare hukukunda kusursuz sorumluluk, genelde idarenin tehlikeli etkinlikleri ile ilgili olarak karşımıza çıkmakta iken kamu külfetleri karşısında bozulan eşitliğin giderilmesi, hukuka uygun idari işlemler veya kamu hizmetine katılanların uğradıkları zararların giderilmesi için de uygulanmaktadır¹⁴¹.

2. İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Özellikleri

Özel hukuktan etkilenecek idare hukukunda da kabul gören kusursuz sorumluluk ilkesi, yargı içtihatlarıyla geliştirilmiştir. İdare hukuku kuralları çerçevesinde kusursuz sorumluluğun özelliklerini şöyle sıralayabiliriz:

- Kusursuz sorumluluk, kusur sorumluluğuna göre **ikincil derecededir**; kusur sorumluluğu asli sorumluluk iken kusursuz sorumluluk istisnaidir. Yargı yerleri zararın tazmini için öncelikle idarenin kusurunu araştırır, kusurun varlığı halinde idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilir, kusurun bulunmadığı durumlarda kusursuz sorumluluğun şartları araştırılır. Zararın giderilmesine yönelik olarak yargı kararlarında hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluk dayanak kabul edilemez. Danıştay da kararlarında “*olayın oluşumu ve zararın nitelikleri*”ne göre önce hizmet kusuru araştırması ardından kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanma şartlarının değerlendirmesinin

¹³⁹ Başpınar, **a.g.m.**, s. 485.

¹⁴⁰ Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s.303.

¹⁴¹ Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Hukuku**, Güncelleştirilmiş 26. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Temmuz 2008, s.357, 358.

yapılacağını ve hangi ilkeye dayanıldığının açıkça belirtileceğini vurgulamaktadır¹⁴².

- Kusurlu sorumluluk için idarenin hizmet kusuru olduğunu kanıtlamak zorunda olan zarar gören, kusursuz sorumlulukta idarenin **kusurlu olduğunu kanıtlamak zorunda değildir**. Sorumluluğun doğması için zarar ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağının bulunması yeterlidir. İdare, zararı doğuran olayda kusursuzluğunu ya da üçüncü kişinin eylemi ile beklenmeyen halden zararın doğduğunu ileri sürse de sorumluluktan kurtulamaz. Ancak idare, zararın tamamen zarar görenin kusurundan kaynaklandığını veya mücbir sebebi kanıtlarsa sorumluluktan kurtulabilir. Bundan dolayıdır ki kusursuz sorumluluk ilkesi zarar gören için daha elverişlidir.

- Usul kuralları açısından kusursuz sorumluluk, **kamu düzeninden** kabul edilir. Buna göre taraflar, davanın her aşamasında kusursuz sorumluluk halini ileri sürebilir, taraflar ileri sürmese de hâkim resen dikkate alabilir.

- İdari yargı yerlerince benimsenip geliştirilmesi nedeniyle **orijinal** olan kusursuz sorumluluk ilkesi, sorumluluğuna hükmedilen zarar vereni kınama amacıyla olmadığı için **nötr** kabul edilir¹⁴³.

3. İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Şartları

İdarenin kusursuz sorumluluğundan bahsedebilmek için idarenin eylemi, zarar ve illiyet bağının bir arada bulunması gerekir. Kusursuz sorumluluğun ilkelerini belirleyebilmek için öncelikle sorumluluğun şartlarını ortaya koymak gerekir.

a. Eylem

¹⁴² Danıştay 10. D. 20.10.1999 tr. ve E.1997/721, K.1999/5266 sy. Kararı, DBB.

¹⁴³ Gözler, **a.g.e.**, s. 738.

Meydana gelen zararın tazmin edilebilmesi için öncelikle zararı doğuran eylemin idareye ait olması gerekir. Kusursuz sorumluluğun doğması için eylemin kusurlu olması şartı aranmadığı için kusur ile arasında sıkı ilişki bulunan eylemin hukuka aykırılığı da gerekmemektedir.

Bir kusursuz sorumluluk hali olarak kabul edilen sosyal risk ilkesinde ise zararı doğuran eylem, idareye yabancı üçüncü kişilerden kaynaklanmakta ise de sorumluluğun doğması için bu tür olayları engelleme idarenin öncelikli ödevlerinden olsa da idarenin kusuru olmaksızın bunları engelleyememiş ya da daha büyük zararlara yol açmamak için engellemekten kaçınmış olması gereklidir¹⁴⁴.

b. Zarar

Kusursuz sorumlulukta zarar kavramı, kendine has birtakım özellikler taşımaktadır. Genel olarak sorumluluğun şartlarında değindiğimiz zararın gerçek ve kesin olması, parayla ölçülebilir niteliği ve hukuken korunan bir menfaate yönelik olması gerektiğine ilişkin açıklamalar kusursuz sorumlulukta da geçerli olmakla birlikte ayrıca zararın anormal ve özel olması da gerekmektedir.

Toplumsal yaşamda kişilerin katlanmak zorunda olduğu külfetlerin ağırlaşması, zararın anormalliği olarak ifade edilir. Bu ağırlaşma olağan ölçüleri aştığında sorumluluğa konu olur; zira sanayinin gelişmesiyle birlikte kişilerin hayatın akışıyla ilgili olarak önlenmesi mümkün olmayan ve katlanmak zorunda oldukları sıkıntılar, zaten mevcuttur.

Objektif ölçüler konulamayan anormallik unsurunu, hâkim olayın akışına göre belirleyecektir. Özellikle bayındırlık hizmetlerinde eserin işlevi veya varlığının komşu maliklere verdiği sürekli değer kayıplarıyla ilgili olarak sorumluluğun belirlenmesinde zorluklar yaşanmaktadır. Bayındırlık hizmeti

¹⁴⁴ Azrak, **a.g.m.**, s.138.

dışındaki diğer alanlarda ise anormal zararların genel olarak maddi veya cismani boyutlardan oluşması, tazminat hesaplamasını kolaylaştırmaktadır¹⁴⁵.

Zarar görenlerin belirlenebilir olması ise zararın özel olmasıyla ilgilidir. Bu konuda önemli olan husus, zarar görenlerin sayısı değil tespit edilebilir olmasıdır. Kaç kişinin olması halinde zararın özelleşeceği veya bu özelliğinin ortadan kalkacağı konusunda kesin rakamlar vermek mümkün değildir; zarar görenin bir kişi olması halinde sorun çıkmaz. Küçük grup söze konu olduğunda bunun tanımlanabilmesi yeterli iken çok sayıda kişinin mevcudiyeti halinde yasal düzenlemeler yapılması yerinde olacaktır¹⁴⁶.

Kamu külfetleri karşısında oluşan dengesizliği giderme amacını taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinde zararın özel niteliği önem taşımaktadır.

c. İlliyet Bağı

Kusur şartı aranmayan kusursuz sorumluluk ilkesinde zararın, idareye atfedilebilen bir eylemden kaynaklanması gerekir. Zarar, zararı doğuran idarenin işlem ve eyleminin doğrudan sonucu olmalıdır. Hem kusurlu hem de kusursuz sorumlulukta illiyet bağının varlığı şarttır.

Özellikle kusurun aranmadığı kusursuz sorumlulukta illiyet bağının varlığı, sorumluluk için özel bir önem taşıırken Danıştay, terör olaylarından doğan zararlar için illiyet bağını aramamaktadır. Danıştay'a göre meydana gelen zararlar, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu değilse sosyal risk ilkesine göre tazmin edilir; aksi halde önce hizmet kusuru araştırması yapılır, kusur olmadığı takdirde kusursuz sorumluluk ilkesine göre değerlendirme yapılır¹⁴⁷. Danıştay'ın bu yerleşik içtihadı, Türk hukukunda idarenin sorumluluğunun temeli olan 1982 Anayasasının m.125/son hükmüne aykırı düşmektedir. İdarenin, idareye yabancı kişilerin eylemlerinden sorumlu

¹⁴⁵ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 146, 147.

¹⁴⁶ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s.147, 148.

¹⁴⁷ Danıştay 10. D. 29.01.2007 tr. ve E. 2004/7285, K. 2007/212, **DAN- DER**, S.114, DBB.

tutulması, sorumluluk hukukunun felsefesine ters düşmektedir¹⁴⁸. Sosyal risk ilkesinin uygulanmasında idarenin idareye yabancı kişilerin zarar doğuran eylemlerinden sorumlu tutulabilmesi için, bu tür eylemleri önlemek devletin öncelikli görevlerinden olmasına karşın *kusuru olmaksızın önleyememiş ya da daha büyük zararlara yol açmamak için önlemekten kaçınmış olması gerekir*¹⁴⁹.

4. Kusursuz Sorumluluk İlkeleri

Türk hukukunda doktrin ve yargı içtihatlarını incelediğimizde kusursuz sorumluluk ilkeleri hakkında farklı görüşlerin ileri sürüldüğünü görmekteyiz. Onar, idarenin sorumluluğunda *hizmet kusuru, hasar ve sebepsiz iktisap teorileri ile hakkaniyet ve nasfet; hukuki müsavat (eşitlik) esasları* olarak sınıflandırma yapmış; idarenin kusursuz sorumluluğunu, *amme mükellefiyetleri karşısında hukuki müsavatla* temellendirdiği *hasar teorisi* ile açıklamıştır¹⁵⁰. Onar'a benzer şekilde Sarıca da kusursuz sorumluğu *hasar, sebepsiz iktisap, hakkaniyet- nesafet ve hukuki müsavat teorileri* olarak tasnif etmiştir¹⁵¹. Derbil ise kusursuz sorumlulukta *idari risk* ilkesine dayanarak açıklamalarını yapmıştır¹⁵². Esin kusursuz sorumluluğu, idari hasar, sebepsiz iktisap, sosyal risk ve kamu personelinin göreve ilişkin eylemlerinden doğan kusursuz sorumluluk ilkeleri olarak dört bölümde incelemiş ve Onar gibi Esin de idari hasar kuramını kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayandırmıştır¹⁵³. Günday¹⁵⁴, Gözübüyük¹⁵⁵, Atay¹⁵⁶ ise kusursuz sorumluluğun incelenmesinde risk ve kamu külfetleri karşısında eşitlik

¹⁴⁸ Gözler, **a.g.e.**, s.763; Bahtiyar Akyılmaz, "Sosyal Risk İlkesi Ve Uygulama Alanı", **GÜHFD**, C: IX, S:1-2, 2005, (Çevrimiçi) <http://www.hukuk.gazi.edu.tr/?yazi=MTM->, 16.01.2010, s. 186- 187.

¹⁴⁹ Azrak, **a.g.m.**, s.138.

¹⁵⁰ Onar, **a.g.e.**, s.1694- 1714.

¹⁵¹ Ragıp Sarıca, **İdari Kaza**, İstanbul, 1949, s.222-223.

¹⁵² Süheyy Derbil, **İdare Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş 5. Bası, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1959, s.233- 235.

¹⁵³ Esin, **a.g.e.**, s.129- 131.

¹⁵⁴ Metin Günday, **İdare Hukuku**, 7.Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s.330- 334.

¹⁵⁵ Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 304.

¹⁵⁶ Atay, **İdare Hukuku**, s.589- 596.

ilkelerine dayanmaktadırlar. Akyılmaz, Sezginer, Kaya ise risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanan kusursuz sorumluluğunun kapsamına sosyal risk ilkesini de eklemişleridir¹⁵⁷. Fransız hukukunda da kusursuz sorumluluk ilkelerinin risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkelerince sistemleştirildiği görülmektedir¹⁵⁸.

Danıştay ise kusursuz sorumlulukla ilgili olarak “*risk*”, “*adalet*”, “*hakkaniyet*”, “*kamu külfetleri karşısında eşitlik*”, “*nesafet*” gibi kavramları kullanarak idarenin kusursuz sorumluluğunun nedenlerini belirlemek yerine zararın niteliğindeki sübjektifliği vurgulamaktadır¹⁵⁹.

a. Risk İlkesi

Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında idarenin tehlikeli faaliyetlere başvurusu veya tehlikeli araçları kullanması gerekebilir. Niteliği gereği tehlike taşıyan bu faaliyet ve araçlar, idarenin hizmete ilişkin olarak örgütlenmesi, işleyişi, denetimi eksiksiz olsa da zarar doğurabilecek durumda olduğundan idarenin bu zararları karşılaması gerekir. Mecelle’de “*Mazarrat menfaat mukabelesindedir; yani bir şeyin menfaatine nail olan anın mazarratına da mütehammil olur.*”¹⁶⁰ ile ifadesini bulan ve faaliyetten fayda elde edecek kişinin onun zararlarına da katlaması gerektiği anlayışı, risk ilkesinin temelidir.

Zarar, idarenin faaliyet veya aracı nedeniyle doğmuşsa yani zarar ile idarenin eylemi arasında illiyet bağı mevcutsa, idarenin kusuru aranmaksızın risk ilkesi uygulanabilecektir.

Sorumluluğa yol açan riskin, herkesin karşılaşılabileceği türden değil, istisnai bir risk olması yanında meydana gelen zararın da olağanüstü bir nitelikte olması gerekir¹⁶¹.

¹⁵⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s.151- 153.

¹⁵⁸ Çağlayan, **a.g.e.**, s.255.

¹⁵⁹ Duran, **a.g.e.**, s.50.

¹⁶⁰ Onar, **a.g.e.**, s.1710.

¹⁶¹ Çağlayan, **a.g.e.**, s.257.

Fransız hukukunda risk ilkesinin uygulanma alanı liste yöntemiyle belirlenmişken; hukukumuzda böyle bir sistemleştirme yapılmamıştır. Fransız hukukuna göre risk ilkesine genel olarak *tehlikeli şeylerin ve yöntemlerin kullanımında, tehlikeli durumlarda ve mesleki risklerin* varlığında başvurulur¹⁶². Türk hukukunda risk ilkesine daha çok *tehlikeli şeylerin kullanımında ve mesleki risk* ilkesinin uygulamasında rastladığımızdan dolayı *tehlikeli yöntem ve durumlara* kısaca değinmekle yetineceğiz.

(1) Tehlikeli Şeylerin Kullanımı

İdarenin kullandığı, zarara yol açmaya elverişli ve içerisinde tehlike barındıran araçları ile tehlikeli maddeler, “*tehlikeli şeyler*” olarak adlandırılır ve idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında kabul edilir. Fransız hukukunda yapılan listeye göre patlayıcı maddeler, tehlikeli alet ve silahlar, bayındırlık tesisleri, sağlık hizmetleri ve idarenin taşıtlarından doğan zararlar, diğer şartların da varlığı halinde tehlikeli şeyler kapsamında kabul edilerek risk ilkesine konu olur¹⁶³.

Silahlı kuvvetlerin yürüttüğü atış ve manevra faaliyetleri, mahiyeti itibarıyla içinde büyük bir tehlike taşımaktadır. Atış ve manevra faaliyetleri sırasında kullanılan tehlikeli alet ve silahlar ile askeri taşıtlardan doğan zararlar, risk ilkesine göre tazmin edilmektedir¹⁶⁴.

Kolluk görevlilerinin kullandığı ateşli silahlar sebebiyle risk ilkesine başvurabilmek için zarar görenin operasyona yabancı üçüncü kişi olması gerektiği vurgulanmış, operasyonun hedefi olan kişilerin uğradığı zararlar

¹⁶² Gözler, **a.g.e.**, s.739- 744.

¹⁶³ Çağlayan, **a.g.e.**, s.258- 282.

¹⁶⁴ Bora Kaya, Mehmet Tezcan, “Atış ve Manevralardan Doğan Zararlar Nedeniyle Devletin Hukuki Sorumluluğu”, **AYİM Dergisi 30. Kuruluş Yılı Özel Sayısı**, S.17, Kitap:1, s.277- 281; Ayrıca bkz. Risk ilkesi gereğince sorumluluğun dışında “*sahiplerinin istifadeleri men edilmek suretiyle vukua getirilen mahrumiyetlerin*” atış ve manevra faaliyetlerinden doğan klasik zararlardan farklı olup fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine göre tazmin edilmesi gerekir.

hakkında ise kusurlu sorumluluk ilkesine göre inceleme yapılması gerektiği belirtilmiştir¹⁶⁵.

Bayındırlık işleri ve tesisin bizzat kendisinin tehlikeli iş ve tesisattan olması halinde, hizmetten yaralananlar ile hizmete yabancı kişiler arasında ayırım yapmadan risk ilkesine göre sorumluluğa gidilir¹⁶⁶.

Kan ürünlerinin naklinde, nükleer tıp uygulamalarında, beyin operasyonlarında ve benzeri riskli tıp uygulamalarında idarenin, meydana gelen zararı kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince tazmin etmesi gerekmektedir¹⁶⁷.

Kamu hizmetinin ifası sırasında kullanılan karayolu araçlarından zarar gören idari personelin dışındaki kişiler için Karayolu Trafik Kanununa göre özel hukuk hükümleri uygulanır. Havayolu, denizyolu ve demiryolu taşıtlarında ise taşıma sözleşmesine göre yapılan taşımalarından meydana gelen zararlar hariç olmak üzere illiyet bağının varlığı halinde risk ilkesine başvurulabilecektir¹⁶⁸.

(2) Tehlikeli Yöntemler

İdarenin kullandığı şeylerin değil de başvurduğu yöntemin bünyesinde risk barındırması nedeniyle bu tür yöntemlerin kullanılmasından doğan zararların giderilmesinde risk ilkesine başvurulur. Fransız hukukunda genç suçluların eğitimi, akıl hastalarının deneme çıkışları, mahkûmlara verilen çıkma izinleri ve tehlikeli tıbbi yöntemler tehlikeli sayılmıştır¹⁶⁹.

(3) Tehlikeli Durumlar

¹⁶⁵ Çağlayan, **a.g.e.**, s.262, 263.

¹⁶⁶ Duran, **a.g.e.**, s.57- 63; Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s.121- 131.

¹⁶⁷ Çağlayan, **a.g.e.**, s.271- 275.

¹⁶⁸ Çağlayan, **a.g.e.**, s.276- 282.

¹⁶⁹ Gözler, **a.g.e.**, s.740.

Bir kamu görevlisinin görevinin risk taşıması nedeniyle, kamu görevlisinin yakınlarının veya mallarının uğradığı zarar, tehlikeli durum sebebiyle kusursuz sorumluluk ilkesi göre giderilir¹⁷⁰.

(4) Mesleki Risk

Kamu hizmetinin ifası sırasında veya bu hizmet dolayısıyla kamu görevlilerinin uğradıkları zararlar, mesleki risk kapsamında değerlendirilip kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmin edilmektedir. İfa edilen hizmetin kendisinin tehlikeli olması gerekmemekte zarar görenin kamu hizmetine katılması yeterli sayılmaktadır. Zira Danıştay mesleki risk ilkesini sosyal güvenlik uygulamalarının tamamlayıcısı olarak görmektedir¹⁷¹.

Fransız hukukunda Fransız Danıştayının 1895 tarihli *Cames Kararı*nda, bir statüye bağlı olmayan işçilerin meslek kazaları nedeniyle uğradıkları zararı gidermek üzere mesleki risk ilkesi kabul edilmiştir. Ancak zaman içinde sosyal güvenlik kapsamına işçilerin de alınmasıyla, mesleki risk ilkesi kamu hizmetine gönüllü ve parasız olarak katılanlar için uygulanır olmuştur¹⁷².

Türk hukukunda ise Danıştay; mesleki risk ilkesini, sosyal güvenlik mekanizmalarının yetersiz oluşu sebebiyle kamu hizmetine katılan tüm kamu personeli için uygulamaktadır. 6831 sy. Orman Kanunu, 5510 sy. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 3713 sy. Terörle Mücadele Kanunu ve 2330 sy. Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun başta olmak üzere yasal düzenlemelerle yapılan ödemeler, uğranılan zarardan daha az ise yargı yerleri, kanunlarla düzenlenen sorumluluğu tamamlamak üzere farkın tazminine hükmetmektedirler¹⁷³.

¹⁷⁰ Çağlayan a.g.e., s.285; Gözler, a.g.e., s.740, 741.

¹⁷¹ Duran, a.g.e., s. 70, 71.

¹⁷² Duran, a.g.e., s.64.

¹⁷³ Serdar Özgüldür, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s.87, 88.

Kamu hizmetinin yürütülmesine katılan ancak kamu personelinden olmayan kişilerin uğradıkları zararların da kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmin edilmesi gerekir¹⁷⁴.

b. Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi

İdarenin yürüttüğü hizmetle ilgili kusuru ve faaliyetlerinin ya da araçlarının kendi içinde tehlikeli de olmamasına rağmen bazı kişiler üzerinde özel ve anormal zararlar doğması halinde bu zarar, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine göre tazmin edilir. İdarenin kusuru olmadığı ve tehlikeli bir faaliyette bulunmayıp tehlikeli araçları kullanmadığı durumlarda idarenin sorumluluğuna başvurulabilecek tek yol kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi olduğu için bu ilke kusursuz sorumluluğun temel ilkesi olarak kabul görülür¹⁷⁵.

Kamu yararını gerçekleştirme amacıyla hareket eden idarenin birtakım faaliyetleri, kişilere zarar verici nitelikte olabilir. Bu zararların zarar gören üzerinde bırakılmaması, kişilerin devlet karşısında korunması, hakkaniyet gereğidir. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin temelinde kabul edilen ve genel hukuk prensibi sayılan *eşitlik* düşüncesi ise hukukumuzda Anayasanın 10. maddesi ile de anayasal güvence altına alınmıştır.

Fedakârlığın denkleştirilmesi olarak da anılan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi, sadece zarar göreni korumakla yetinmez, bazı hallerde mağdurun zararının karşılanmasıyla idarenin başarısızlığı da gizlenecek ve idare de korunarak çift taraflı bir etki sağlanacaktır¹⁷⁶.

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için zararın özel ve anormal olması şarttır. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine en çok başvurulmuş faaliyet alanı olan kamulaştırmada olduğu gibi, kamulaştırılan alandan birçok kişi yararlanacak ama kamulaştırılan taşınmazın maliki bundan zarar gören kişi olacaktır,

¹⁷⁴ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s.131- 136.

¹⁷⁵ Atay, **İdare Hukuku**, s.595.

¹⁷⁶ Bereket Baş, **İdari Yargı Paneli**, s.361.

taşınmaz malın malikine yapılan peşin ödeme ile malikin yaptığı fedakârlık denkleştirilmiş olmaktadır¹⁷⁷.

Komşuluk hukukundan doğan zararlar olarak adlandırılan, *bayındırlık eserinin varlığının veya faaliyetin yürütülmesinin doğal sonucu olan zararlar*, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin kapsamındadır¹⁷⁸. Bayındırlık hizmetinin uygulanması veya bayındırlık eserinin varlığı nedeniyle uğranılan zararlarda hizmetten yararlananlar; idare, faaliyet sırasında veya tesiste “*normal bakım yokluğu*” bulunmadığını kanıtlamadıkça kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine başvurabilir. Bayındırlık hizmetinden veya eserinden yararlanmayan hizmete yabancı üçüncü kişiler ise zararları ile hizmet arasındaki illiyet bağının varlığına dayanarak¹⁷⁹ zararlarının tazminini isteyebilirler¹⁸⁰.

c. Sosyal Risk İlkesi

Toplum halinde yaşamının getirdiği tehlikeleri gidermek üzere kabul edilen sosyal risk ilkesi, kitle hareketlerinin yarattığı saldırı ve kargaşa kaynaklı zararlar ile savaşta sivil halkın uğradığı zararların, kusuru olmayan kişiler üzerinde bırakılmaması amacını taşımaktadır¹⁸¹. Sadece o toplumun bireyi olunması nedeniyle maruz kalınan bu tür olaylarda idare kendi dışında meydana gelen olaylar nedeniyle kusursuz olarak sorumlu tutulmaktadır.

İdarenin sorumlu tutulabilmesi için illiyet bağına aranması nedeniyle son yıllarda sosyal risk ilkesi üzerinde önemli tartışmalar olmuştur.

İkinci Bölümde Sosyal Risk İlkesini ayrıntılandıracağımız için burada kısaca tanımlı yapmakla yetiniyoruz.

¹⁷⁷ Günday, **a.g.e.**, s.334.

¹⁷⁸ Çağlayan **a.g.e.**, s.347- 353.

¹⁷⁹ Danıştay 10. D. 27.04.1983 tr. ve E.1982/3708, K.1983/983 sy. Kararı, DBB; Danıştay 10. D. 15.06.1983 tr.ve E.1982/3852, K.1983/1515 sy. Kararı, DBB.

¹⁸⁰ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s.130; Duran, **a.g.e.**, s. 62, 63.

¹⁸¹ Azrak, **a.g.e.**, s.136,137.

İKİNCİ BÖLÜM

SOSYAL RİSK İLKESİ OLARAK TERÖRLE MÜCADELEDEN KAYNAKLANAN ZARARLAR VE İDARENİN SORUMLULUĞU

I. SOSYAL RİSK OLARAK TERÖRLE MÜCADELE

A. Terörizm Ve Terörle Mücadele

Toplum yaşamında bireylerin siyasi, sosyal, ekonomik ihtiyaçlarında çeşitlilikler vardır. Bireylerin, ihtiyaçlarını dillendirmede demokratik yollara başvurmaları normal olanken amaçlarına ulaşmak için toplumda korku yaratıp terör yoluna başvurmaları da sıkça rastlanan bir durumdur. Bu anlamda *yıldırma* anlamında kullanılan terör ve *devlete, halka veya bireylere karşı siyasi bir hedefe ulaşma hedefi çerçevesinde şiddet eylemlerine başvurma* karşılığındaki terörizm¹⁸², temelinde şiddeti barındıran ve toplumda korku ve kargaşa yaratan eylemlerdir. İnsanlığın var olduğu günden beri gündemde olan ve zaman ve mekâna göre kendini güncelleyen terörizm, insanlık için tehlikeli sorunlardan biri olmuştur. Dünyanın gündeminde her çağda varlığını koruyan bu tehlikeli sorunla mücadele edebilmek için öncelikle bu kavramların içeriğinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

1. Terörizmle İlgili Tanımlar

¹⁸² Çevrim içi: <http://www.tdkterim.gov.tr/bts/> (22.02.2010).

Dilimize, Fransızca *terreur* kelimesinden geçen terör, sözlük anlamında “yıldırma, cana kıyma ve malı yakıp yıkma, korkutma, tedhiş”¹⁸³ olarak kullanılmaktadır. Terörizm ise dilimize yine Fransızcadan *terrorisme* kelimesi ile geçmiş ve “siyasal bir hedefe ulaşmak amacıyla devlete, halka veya bireylere karşı şiddet eylemlerine başvurma” şeklinde tanımlanarak terörden farklı olarak, siyasi bir hedef ile sistematzmi ve şiddeti içermektedir. Teoride bu ayrım yapılmakla birlikte günlük dilde birbirinin yerine kullanılan bu kavramlar arasında bir fark bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁸⁴.

İnsan hayatında her zaman var olan ve kontrol altında tutulabilen ancak ortaya çıkışı ve amaçları bakımından değişiklikler gösteren şiddet, sosyo-politik ve kriminal açısından benzerlik gösterse de kaynak, kurban ve hedefleri yönünden farklılıklar gösterebilir¹⁸⁵. Şiddet, siyasi amaçlara yöneldiğinde terörizme dönüşür ve terörizmin araç unsurunu oluşturur.

Bilimsel eserlerde terörizm hakkında tanımlamalar yapılmaya çalışılmışsa da uluslararası alanda bu tanımlamalardan yararlanılmamış ve ortak bir tanıma ulaşılamamıştır. Terörizmle ilgili genel bir çerçeve oluşturabilmek için bu tanımlamalardan bazılarını şöyle sıralayabiliriz:

Terörizm konusunda önemli araştırmaları olan Paul Wilkonson’a göre terörizm “*politik taleplerin karşılanmasını sağlamak amacıyla bireyleri, grupları, toplulukları ya da hükümetleri yıldırma için cinayet ya da imha hareketlerinin sistematik olarak kullanılması ya da bu amaçla tehdit oluşturulmasıdır.*”¹⁸⁶

Alex P. Schmid terörizmin birçok boyutunu ele alarak kapsamlı ve objektif bir tanımlama yapmıştır:

“Terörizm gizli ya da yarı gizli birey, grup ya da devlet aktörleri tarafından kişisel, kriminal veya politik sebeplerle,

¹⁸³ Çevrim içi: <http://www.tdkterim.gov.tr/bati/?kelime=ter%F6r&kategori=terim&hng=md> (22.02.2010).

¹⁸⁴ Ethem İlbiz, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türkiye’nin Terörle Mücadelede İnsan Hakları Sorunu**, Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2009, s.6.

¹⁸⁵ Ertan Beşe, **Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2002, s.23.

¹⁸⁶ Beşe, **a.g.e.**, s.24’ten naklen Paul Wilkonson, **Terrorism and the Liberal State**, Hong Kong, The MacMillan, 1977, s.49.

korku ve endişe kaynağı olan tekrarlanmış şiddet eylemleridir. Suikastlar hariç olmak üzere, bu eylemlerin doğrudan hedefleri asıl mağdurlar değildir. Şiddetin insan mağdurları, ilk aşamada mesaj sunma vazifesi için, hedef toplum içerisinde fırsatların elverişliliğine bağlı olarak rastgele ya da önceden belirlenmiş temsili veya sembolik hedefler olarak seçilirler. Teröristler, doğrudan mağdur ve hedef kitle arasında tehdit ve şiddet üzerine kurulu bir iletişim süreci oluşturmak isterler. Teröristler, mağdurlar ve esas hedef kitle arasındaki tehdit ve şiddet üzerine kurulu iletişimi sürdürerek, söz konusu esas kitleyi, yani toplumun genelini etkilemeyi amaçlarlar. Yıldırma, zorlama veya propaganda amaçlarından hangisine ulaşmak isteniyorsa; buna uygun olarak hedef kitle terörün, taleplerin veya ilginin odağı haline getirilir.”¹⁸⁷

Şiddet eylemleri veya eylemin mağduru olan sivillerden hareketle terör uzmanları ve akademisyenler tarafından terörizmle ilgili birçok tanımlama yapılmıştır¹⁸⁸. Bilimsel eserlerin dışında etkinliği sağlanamasa da bazı uluslararası çalışmalarda da terörizmle ilgili tanımlamalar yapılmaya çalışılmıştır.

Kuruluş amaçlarından biri de uluslararası barış ve güvenliği sağlamak olan Birleşmiş Milletler, 40/61 sy. Genel Kurulu kararında terörizmi, “*Masum insanların hayatına son veren, temel hak ve özgürlükleri tehlikeye atan, kişinin şeref ve haysiyetini ciddi bir şekilde ihlal eden eylemler*”¹⁸⁹ şeklinde genel ifadelerle yer vererek tanımlamıştır. 9 Aralık 1985 tarihinde bu tanımlama yapılmış olsa da uluslararası terörizmin önlenmesine yönelik anlaşmalarda terörizmin kapsamına girecek eylemler sayılmak suretiyle düzenlemeler yapılmıştır.

¹⁸⁷ İlbiz, a.g.e., s. 9’dan naklen Alex P. Schmid, **Küresel Dünyada Terörizm Konsepti**, Çev. Suat Doğan, Ankara, TEMÜH Dairesi Başkanlığı Yayınları No.10, 2004, s.136.

¹⁸⁸ Bkz. Ünal Acar, Ömer Urhal, **Devlet Güvenliği İstihbarat ve Terörizm**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s.321.

¹⁸⁹ Erişim: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0477/68/IMG/NR047768.pdf?OpenElement> (28.02.2010).

Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşmesi m.2/b’de de terörizmin tanımına yer verilmiştir:

“Niteliği veya kapsamı itibariyle, 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”¹⁹⁰ terörizm kapsamında değerlendirilmiştir.

Türk hukukunda ise 3713 sy. Terörle Mücadele Kanunu m.1’de ‘Terör’ başlığı altında birçok unsuruna yer verilerek terörizmin geniş bir tanımlanması yapılmıştır:

“Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, 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.”¹⁹¹

Bütün toplumları etkileyen terörizm siyasi amaç, şiddet, korkutma ve sistematizm unsurlarından oluşur¹⁹². Ancak terörizme siyasi amaçlarla başvuru olan şiddet olarak bakıldığında, *siyasi amaç* ve *şiddet* kavramlarının içeriği uluslararası hukukta belirlenemediğinden terörizmin tanımını yapmak da güçleşmektedir¹⁹³. Dünyanın gündeminde olan terör gerçeği karşısında

¹⁹⁰ (Erişim) <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/4738.html> (10.04.2010).

¹⁹¹ 12.04.1991 tr. ve 3713 sy. Terörle Mücadele Kanunu, 15.07.2003 tr. ve 4928 sy. Kanunla değişik birinci fıkra ve 29.06.2006 tr. ve 5532 sy. Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla değişik madde başlığı.

¹⁹² İlbiz, **a.g.e.**, s.13.

¹⁹³ Beşe, **a.g.e.**, s. 23.

devletlerin menfaatleriyle, izledikleri politikaların farklılığı ve birbirleriyle çatışması sonucunda terörizmin tanımı üzerinde anlaşamamaları, terör eylemi ve teröristin belirlenmesini engellediği için terörle mücadeleyi de anlamsız kılmaktadır.

Terörizm ilk izlerine Ortadoğu'da M.S. 66- 73 yıllarında dini bir örgüt olan *Sicarii* yapılanmasında rastlanılmaktadır. Genellikle Yahudi, tefeci veya kamu görevlisi olanları, kendilerine kurban olarak seçip kurbanlarını, *sica* adı verilen kısa kılıçlarla kalabalık ortamlarda öldürmüşlerdir¹⁹⁴. Din eksenli terörist gruplardan biri de Selçuklu döneminde varlığını sürdüren Bâtîni tarikatıdır. Kurucusu olan Hasan Sabbah, korkunun insanların düşünme mekanizmasını bozduğu yorumu ve terör taktiklerini geliştirmesi ile büyük etkiler yaratmıştır¹⁹⁵.

Devlette egemen güçlerden bağımsız ve onlara karşı geliştirilen, yukarıda da örneklerini verdiğimiz terör türü, *aşağıdan terör* olarak adlandırılır. Aşağıdan terör, mevcut olan otoriteyi yıkmak yöneliktir. Siyasi otoritenin, iktidarını kuvvetlendirmek için uyguladığı dehşete dayalı terör türü ise *yukarıdan terördür*¹⁹⁶. II. Dünya Savaşında Almanya'da Hitler ve İtalya'da Mussolini ile Rusya'da Stalin yakın tarihimizde devlet terörünü uygulamışlardır¹⁹⁷. Fransa'da 'terör dönemi' olarak adlandırılan 1793 ve 1794 yıllarında da Robespierre'in iktidarında siyasi yapıyı muhafaza edebilmek için on binlerce kişi öldürülmüştür¹⁹⁸.

Şiddet uygulayarak sonuca ulaşmaya çalışan terörizm, devletlerin siyasi sistemlerine, demokrasiye, hukuk devletine ve insan haklarına zarar verdiği gibi toplumdaki bireyleri de maddi ve manevi zarara uğratmaktadır.

2. Terörizmin Amacı ve Özellikleri

¹⁹⁴ Yılmaz Altuğ, *Terörizm Dünü Bugünü Yarını*, Ankara, y.y., 1989, s. 17.

¹⁹⁵ Acar, Urhal, *a.g.e.*, s. 311, 312.

¹⁹⁶ Doğu Ergil, *Türkiye'de Terör ve Şiddet*, Birinci baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 1980, s.2,3.

¹⁹⁷ Altuğ, *a.g.e.*, s.17.

¹⁹⁸ İlbiz, *a.g.e.*, s. 6, 7.

Terörizm, uyguladığı şiddet ve topluma yaydığı korku aracılığıyla kendisine hedef tuttuğu siyasi amaca ulaşma amacı güder. Terörizm, psikolojik savaştan yararlanarak toplumda kutuplaşan taraflar yaratarak, birlik ve bütünlüğü bozmaktadır. Terör örgütleri bireylere, eylemlere katılmak ya da onların mağduru olmaktan başka seçenek bırakmamaktadır. Böylelikle toplumu bir arada tutan değerleri yıpratıp siyasi otoritenin güçsüzlüğünü gündeme getirerek hedeflediği siyasi sonuca ulaşması kolaylaşacaktır.

Terörizmin demokrasiden yararlanarak varlığını devam ettirdiği, diktatörlüklerde terörizmin var olamadığı bir gerçektir¹⁹⁹. Demokrasinin tanıdığı hak ve özgürlükler sayesinde örgütlenmesini sağlayan terörizm, eylemlerine inandırıcılığı sağlamak için de hukukun egemen olduğu bir topluma ihtiyaç duyar.

İnsanlığın karşılaştığı önemli sorunlardan biri olan terörizm, esasında siyasi ve sosyal adaletsizliğe bir tepkidir. Sahip oldukları kötü yaşam şartlarından dolayı topluma kızgın olan teröristler, bir ideolojiyi gerçekleştirmek üzere yola çıkmışlardır ve ideolojilerine gözü kapalı bağlılardır. Bu adaletsizliğin, şiddetle giderilebileceği düşüncesiyle harekete geçer ve tarihe damgasını vuracak bir '*halk kahramanı*' olarak sesini duyurabilmek adına iletişim teknolojilerindeki gelişmelerden faydalanırlar²⁰⁰.

Gasp, soygun, uçak kaçırma, sabotaj, rehin alma ve kitle katliamı, bombalama, öldürme, işgal, pusu kurma, sokak eylemleri, grev ve boykot ve propaganda gibi günün koşullarına göre değişkenlik gösteren ve toplumlar üzerinde en çok etkiyi yaratacak fiillerle amaçlarına ulaşmaya çalışırlar²⁰¹. Terörist eylemlerin hedefi belirli olmamakla birlikte genellikle siviller, bürokratlar ve kamu hizmetlerine yönelik olarak saldırılarını gerçekleştirirler.

3. Terörizmin Nedenleri

¹⁹⁹ Altuğ, a.g.e., s.5.

²⁰⁰ Ergil, a.g.e., s.40- 43.

²⁰¹ Acar, Urhal, a.g.e., s.396- 402.

Toplumların tarihi, sosyal, etnik, ekonomik ve diğer sorunlarından kaynaklanabilecek terörizm, kökeninde değişik unsurları barındıracağından terörizmin nedenlerinin belirlenmesinde de birçok faktörden söz etmek gerekecektir. Zaman ve mekâna göre terörizm şekillerinin farklılaşması, terörizmi karmaşık bir yapıya sokmaktadır.

Genel olarak siyasi, ekonomik, sosyal, bireysel ve hukuki olarak sıralanan nedenler, topluma göre özelleştirildiğinde öncelik sırasını değiştirebilmektedir.

Siyasi olarak niteleyebileceğimiz sömürgecilik, diğer bir ülke tarafından işgal, insanların kendi ülkelerinden kovulmaları, ırk ayrımcılığı, dini baskılar, özgürlüklerin baskı altında tutulması, diktatörlük, self-determinasyon (*kendi geleceğini belirleme*) ve bağımsızlık hakkının inkârı, siyasi otoritenin yetersizliği ve çağın gereklerine göre kendisini yenilememesi gibi nedenler terörizme yol açmaktadır. Ancak sayılan bu nedenler tek başına siyasi olarak nitelendirilmezler; dini, etnik ve kültürel faktörlerin arkasına saklanarak aslında siyasi amaçlarını gerçekleştirmeye çalışmaktadırlar²⁰².

Fakirlik, açlık, gelir dağılımındaki adaletsizlik, işsizlik, ekonomik yönden dışa bağımlılık, enflasyonun kronikleşmesi gibi toplumun geniş kesimini etkileyebilecek ekonomik sorunlar, terör örgütlerinin durumu kendi lehlerine kolaylıkla çevirebilecekleri durumlardır.

Yoksulluk ve zorluk içinde yaşayan insan veya gruplara yardım sağlama arzusu; sağlık ve eğitim sistemindeki bozukluklar; töre gelenekleri; din, mezhep, tarikat ayrılıkları; azınlıkların varlığı; etnik ayrışmalar; hak ve özgürlüklerin yetersiz kalması gibi sosyal nedenler terörizmin ortaya çıkmasına gerekli zemini hazırlamaktadırlar²⁰³. Modern toplumlarda adaletsizliğin farkına varılması, bunun kader olmadığı ve çareler üretilebileceği bilincinin oluşması terörizmin kaynağını oluşturur.

²⁰² Murat Özçatalbaş, **Terörle Mücadelenin Ulusal ve Uluslararası Boyutu**, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ekim 2006, s.18'den naklen Türkiye Barolar Birliği, **Türkiye ve Terörizm (Rapor)**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006, s.143.

²⁰³ Özçatalbaş, **a.g.e.**, s. 17'den naklen TBB, **a.g.e.**, s.142.

Bireylerin kendilerini ifade edememeleri sonucunda toplumdan soyutlanmaları, meşhur olma isteği, ruhsal bozukluklar gibi bireylerin kendi psikolojik durumları, terör örgütlerine katılmalarına neden olmaktadır.

Toplumun adalete olan inancını kaybetmesi, cezaların caydırıcılığının olmaması, hukukun geç işlemesi, mahkemelerin bağımsızlığını yitirmesi, hukuk kural ve kurumlarının yetersiz kalması ise terörizmin ortaya çıkışının hukuki sebepleridir²⁰⁴.

Terörizme yol açan nedenler doğru olarak ortaya konmadıkça terörün kontrol altına alınması mümkün görünmemektedir. Bu nedenle öncelikle maruz kalınan terör eylemlerinin temelindeki etkenler iyi tespit edilmelidir.

4. İnsan Hakları Açısından Terörizm

Devletler, bireylere sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasal açıdan güvenli ve barış içinde yaşamalarını sağlayacak ortamları hazırlamakla görevlidirler. Bireyi ve toplumu, zararlı unsurlardan korumada gerekli güce sahip olan devletler, aynı zamanda bu gücü kötüye kullanmamakla da yükümlüdürler, siyasi sistem bunun dengesini sağlayacak şekilde düzenlenmelidir²⁰⁵.

Terörizm, bireylerin yaşama hakkı, güvenlik hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerine yönelik eylemleriyle korku ve güvensizlik ortamı yaratıp toplumsal bütünlüğü bozarak asıl hedeflerine ulaşmaya çalışırlar. Demokratik devletler, bu gerçeğin bilinciyle hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olarak gerekli tedbirleri almalıdırlar.

Devletler insan hakları hukukunun süjesi olmakla, insan haklarının hem garantörü hem de ihlal edeni konumundadırlar; bireyler ise insan haklarından yararlananlardır. Terör örgütleri gibi devlet dışı gruplar uluslararası sözleşmelere taraf değildirler. Bu nedenle ki terör örgütleri, insan haklarını ihlal edemeyecek ve gerçekleştirdikleri eylemler de ancak suç olarak kabul edilebilecektir. Doktrinde kabul gören ve bizim de katıldığımız bu görüşe

²⁰⁴ Özçatalbaş, **a.g.e.**, s. 23'ten naklen TBB, **a.g.e.**, s.143.

²⁰⁵ Beşe, **a.g.e.**, s.114, 115.

karşın insan haklarının, terör örgütlerince de ihlal edilebileceğini savunanlar da olmuştur. İnsanlığa karşı işlenen en ağır saldırılardan olan terörizmin son zamanlarda uğradığı değişiklikleri de dikkate alarak bu görüş ileri sürülmüştür²⁰⁶. Ancak insan hakları hukukuyla ilgili olarak sözleşmelerin tarafı olmayan terör örgütlerini, sözleşmeyi ihlal eden olarak tanımlamak mümkün değildir.

Terörizmin insan hakları üzerindeki etkisini iki boyutlu olarak değerlendirmek gerekir: terör eylemlerinin insan haklarına etkisi ve terörle mücadelede kullanılan yöntemlerin insan hakları üzerindeki etkisi.

Terör eylemlerinin kendisi başlı başına insan hak ve özgürlüklerini olumsuz olarak etkilemektedir. Terör eylemleri, hem bireylerin hayatlarına ve mallarına hem de demokratik yaşamda ifade özgürlüğü gibi birçok değere zarar vermektedir.

Toplumun güvenliğinin sağlanması ve bireylerin huzur içinde yaşamaları adına devlet, terörle mücadele etmek zorundadır. Ancak bu mücadele sırasında devlet, terör örgütlerinin başvurduğu yöntemlerle değil, demokratik kurallara, anayasaya, uluslararası hukuka uygun ve insan haklarına özen gösterir bir yöntem izlemelidir. Zira terör eylemleriyle örgütler, devletin sert müdahalelerini beklerler ve bu sayede toplum nezdinde devletin zalimliğini kanıtlayıp kendine yandaş toplamaya çalışırlar. Terör örgütleriyle mücadele ederken masum sivil halk bundan uzak tutulmalı, bu süreç sadece teröristlere ve onlara yardım edenlere yönelik olarak durumun gerektirdiği ölçüde yürütülmelidir²⁰⁷.

5. Terörle Mücadeleye İlişkin Düzenlemeler

Hukuki ve ahlaki hiçbir kural tanımayan terörizm, sürekli eylem içerisinde. Ülkesinde huzuru sağlamakla görevli olan devlet de bu eylemleri bastırmak, onları etkisiz hale getirmekle yükümlüdür. Bu mücadele sürecinde

²⁰⁶ Bkz. İlbiz, a.g.e., s.18- 20.

²⁰⁷ İlbiz, a.g.e., s.21, 22.

devlet izleyeceği politikalarda hem ulusal hem de uluslararası düzenlemeleri göz önünde bulundurmalıdır.

a. Terörle Mücadelede Temel Yöntemler

Terör eylemleriyle huzuru bozulmak üzere olan veya bozulan devletin, bunlarla mücadele etmesi muhakkaktır. Devlet, terörle mücadele ederken uymak zorunda olduğu ulusal ve uluslararası kuralları ihlal etmeden ve baskıcı bir tavır takınmadan hareket etmek zorundadır.

Terör örgütleri, yapılanma aşamasında ve faaliyetlerini gerçekleştirdikten sonra da demokratik unsurlardan yararlanarak kendi haklılıklarını ve meşruluklarını göstermeye çalışırlar. Toplantı özgürlüğü, ifade özgürlüğü, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, işkenceden korunma hakkı gibi demokratik toplumlarda her zaman var olması gereken bu tür hakları, kendilerini mazur göstermek adına kullanabilmektedirler. Kendini meşrulaştırmak konusunda hiçbir eylemden çekinmeyen terör örgütlerine karşı mücadelede sert ve baskıcı uygulamalara başvurma, doğru bir yöntem olmayabilir. Silahlı mücadeleden başka kanuni düzenlemeler yapma, ekonomik önlemler, halkın bilinçlendirilmesi, diplomatik yöntemler, güvenlik önlemleri, siyasi yönlendirme gibi farklı yollara da başvurulabilir²⁰⁸.

Toplumun güvenliği ve kendi varlığını devam ettirebilmek için devletler, terörle mücadelede çeşitli yöntemlere başvurmaktadırlar. Bu yöntemlerden en yaygın olan ikisi *ceza adaleti modeli* ve *savaş modelidir*.

Liberal demokrasilerde genellikle benimsenen *ceza adaleti modelinde*; terörizm, *suç* ve teröristler de *suçlu* olarak kabul edilir ve terörizme karşı uygulanacak politika bir çerçeveye oturtulur. Ceza hukuku ilkelerine göre yürütülen bu modelde askeri unsurlar ikinci planda tutulur. Özel kanunların çıkarılması, polisin yetkilerinin arttırılması, delil elde etme yöntemlerinin

²⁰⁸ Oussama Damaj, “The Problem of Responding to Terrorism”, **Seminer on Humanitarian Law and Terrorism**, Sanremo, 24–26 September 2002, s.152, (Çevrimiçi) <http://www.michaelschmitt.org/images/4996terr.pdf> (08.03.2010).

genişletilmesi ve özellikle gizli tanık uygulamalarına başvurulması ve özel infaz rejimlerinin kabul edilmesi ceza adaleti modelinde sıklıkla başvurulan uygulamalardır²⁰⁹.

Terör eylemleriyle karşı karşıya kalan bir hükümet öncelikle karşı saldırıda bulunmaya yönelir. Terörle mücadelenin savaş kurallarına göre silahlı mücadeleyle yürütüldüğü *savaş modelinde*; istihbarat çalışmalarına önem verilir, operasyonlarda kullanmak üzere özel askeri birlikler oluşturulur. Terörist olaylara hemen müdahale edebilmek için özel olarak eğitilen birliklere ihtiyaç duyulsa da hukukun üstünlüğü karşısında bu birlikler, varlık sebeplerini açarak meşruiyetlerini ortadan kaldıracak faaliyetlerden uzak durmalıdırlar²¹⁰.

Hem demokratik hayatı ve insan haklarını korumak hem de terörle mücadele etmek için ulusal ve uluslararası boyutlarda düzenlemeler yapılmıştır.

b. Terörle Mücadelenin Uluslararası Boyutu

Terörizmin belli bir bölgeyle sınırlı kalmayıp tüm dünyayı tehdit eden eylemleri, terörizme uluslararası bir boyut katmaktadır. Bazı devletler terörü kendileri için bir çıkış noktası olarak görüp etkinliklerini arttırmak için terör örgütlerine ekonomik kaynaklık etmektedirler. Siyasi sebeplerle de terörün devletlerce desteklendiği gerçeği karşısında terörle mücadelede uluslararası işbirliği zorunlu olduğu kadar da güçtür. 1930lardan başlayarak günümüze kadar olan süreçte terörizmle ilgili uluslararası çalışmalar yapılmış; ancak bu çalışmalarda sayılan nedenler çerçevesinde terörü kınamaktan öteye geçilmemiş, ortak bir terör tanımı bile yapılamamıştır.

1928- 1935 yılları arasında altı kez toplanan Milletlerarası Ceza Hukuku Birleştirme Konferanslarında terörizm ilk defa tartışılmıştır. Brüksel’de 1930 yılında yapılan üçüncü konferansta “*ortak tehlike yaratabilecek nitelikte herhangi bir aracın kasten kullanılması*” ölçüsü esas olmak üzere nceki

²⁰⁹ Bkz. Beşe, **a.g.e.**, s.116- 125.

²¹⁰ Bkz. Beşe, **a.g.e.**, s.125- 128.

Varşova (1927) metnine “terör” kelimesi eklenmiştir. 1931 Paris, 1933 Madrid Konferanslarında da terör tartışılmış ve 1935 Kopenhag Konferansında terör ve terör eylemi tanımlanmıştır. Ancak bu konferanslar, uluslararası terörizmi engellemede başarılı olamamıştır²¹¹.

(1) Birleşmiş Milletlerin Terörle Mücadeledeki Çalışmaları

I. Dünya Savaşından sonra dünya barışına katkıda bulunmak üzere Milletler Cemiyeti 10.01.1920’de resmen kurulmuştur. Savaş sonrası dönemde terörizmle ilgili olarak ilk defa 1937 yılında “Terörün Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme” ve “Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulması İçin Sözleşme” konularında iki ayrı sözleşme hazırlamıştır. Terör tanımının ilke defa yer aldığı bu uluslararası sözleşmede terör eylemi niteliğindeki fiiller belirlenerek “*teröristi ya iade et veya cezalandır.*” ilkesi kabul edilmiştir. Terörle ilgili ilk sözleşme niteliği taşıyan bu metinler, II. Dünya Savaşının başlaması sonucunda yeterli devlet tarafından imzalanmadığı için yürürlüğe girememiştir²¹².

II. Dünya Savaşından sonra Milletler Cemiyetinin yerini alıp 1945’te kurulan ve uluslararası barış ve güvenliği sağlamakla görevli tek örgüt olan Birleşmiş Milletler (BM), terörle mücadelede çeşitli çalışmalar yapmışsa da beklenen seviyede olduğunu söylemek güçtür.

İnsanlığın her zaman karşı karşıya kaldığı terörizm sorununda BM’nin çalışmaları da terörün gelişim süreciyle ilgili günün sorunlarına çözüm üreten bir seyir izlemiştir. BM’nin terörle mücadele konusunda yaptığı ilk çalışma 21.11.1947 tr. ve 177/II sy. “İnsanlığın Barış ve Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar Kanun Taslağı”nın hazırlanması kararıdır. Bundan sonraki süreçte terörle mücadele edebilmek için BM bir dizi sözleşme hazırlamıştır.

²¹¹Bkz. Tahsin Fendoğlu, “Uluslararası Belgelerde Terörizm”, **Fırat Üniversitesinin 25. Kuruluş Yıldönümünde I. Milletlerarası Doğu ve Güneydoğu Anadolu’da Güvenlik ve Huzur Sempozyumu- Bildiriler**, Elazığ, 27- 28- 29 Mart 2000, s.760, 761.

²¹² Bkz. Fendoğlu, **a.g.m.**, s.762.

1965 yılından itibaren başlayan uçak kaçırma olaylarıyla ilgili olarak 14.09.1963 tr. “Uçaklarda İşlenen Suçlar ve Diğer Bazı Eylemlere İlişkin Tokyo Sözleşmesi”, 16.12.1970 tr. “Uçakların Yasa Dışı Yollarla Ele Geçirilmesinin Önlenmesine İlişkin La Haye Sözleşmesi”, 23.09.1971 tr. “Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı İşlenecek Yasa Dışı eylemlerin Önlenmesi Hakkında Montreal Sözleşmesi” hazırlanmıştır.

1970li yıllarda diplomatik temsilci ve temsilciliklere yönelik saldırıların artmasıyla da 14.12.1973'te “Diplomasi Ajanları da Dâhil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında New York Sözleşmesi”, BM Genel Kurulunda oybirliğiyle kabul edilmiştir.

Soğuk Savaş sonrasında terörizmin de küreselleşmesiyle terörle mücadelede BM, çalışmalarında bu konuya yönelmiştir. 1998'de “Terörist Bombaların Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi” ve 1999'da “Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi” yapılmış; ‘Nükleer Terörizm Faaliyetlerinin Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme’ taslağı hazırlanmıştır. ‘Uluslararası Terörizm Kapsamlı Sözleşmesi’ yapılmasıyla ilgili çalışmalar da devam etmektedir²¹³.

Türkiye, 1963'ten 1999'a kadar BM'nin hazırladığı on iki adet sözleşme ve protokolleri imzalamış ve usulüne uygun olarak yürürlüğe koymuştur.

ABD'nin 11 Eylül 2001 gününde maruz kaldığı terör saldırısı da terörle mücadelede uluslararası işbirliğinin önemini tekrar gündeme getirmiştir. Saldırının hemen ertesi gününde ve 28.09.2001 tarihinde aldığı kararlarla BM, terörü kınayıp terörle mücadelede her türlü önlemin hazırlık aşamasına alınacağını ve terör örgütlerinin mali kaynaklarının kurutulması gerektiği üzerinde durarak Güvenlik Konseyinin yetkilerini genişletmiş ve Terörizme Karşı Koyma Komitesi (CTC) kurulmuştur²¹⁴.

²¹³ Celal Demir, **Türkiye'nin İmzaladığı Terörle İlgili Uluslararası Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerin Temel Haklar Açısından İncelenmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, Ocak 2007, s. 55, 56.

²¹⁴ Bkz. Taner Özdemir, **Birleşmiş Milletler Çerçevesinde Terörizmle Mücadele**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2006, s.77, 78.

BM hazırladığı sözleşmeler ve aldığı kararlarla terörizmin tanımını yapmasa da terör eylemlerinin niteliklerini sayma usulüyle belirlemiştir. Teröristlerin yargılanıp cezalandırılmasını öngören “*teröristi ya iade et veya cezalandır.*” ilkesi ise üye devletlerin iyi niyetine bırakılmıştır. Terörle mücadelede başvurulacak hukuki, ekonomik ve diplomatik yöntemler, devletlerin gücüyle ilgili olarak ve onların tercihlerine bırakılarak uygulandığında işbirliğini sağlamak mümkün olmamaktadır.

(2) Avrupa’da Terörle Mücadele Çalışmaları

Avrupa Konseyi, hem kendi aldığı kararlar hem de Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve La Haye Adalet Divanı kararlarıyla terörle mücadelede etkin bir yol izlemektedir.

Konsey 1973 yılında 703 sy. kararı ile terörizmi uluslararası bir suç olarak kabul etmiş ve terör suçlularıyla ilgili olarak da BM gibi “*teröristi ya iade et veya cezalandır.*” ilkesini benimsemiştir.

Konseyin önemli bir diğer çalışması da 27.01.1977’de Terörün Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi’dir, ancak bu sözleşmede de terörün tanımı yapılamamıştır. Bunun yerine hangi suçların siyasi suç kapsamına alınmayarak suçluların iadesinin gerekeceği belirlenmiştir.

1957’de Roma Antlaşması ile kurulan Avrupa Topluluğunda ise serbest dolaşım hakkının tanınip sınır kontrollerinin kaldırılmasıyla suçla mücadelede ortak politika izlenmesi zorunlu hale gelmiştir. 1976’da Avrupa Topluluğuna üye devletlerin ilgili bakanlık ve kurum görevlilerinden oluşturulan TREVI Grupları (Terrorism, Radicalism, Extremism and Violence International) terörizm ve iç güvenlik konularında faaliyet göstermiştir²¹⁵.

Avrupa Tek Senedi’nde (1986) yer alan *kişilerin serbest dolaşımı* düşüncesi ile Avrupa’da sınırların kaldırılmasının hedef alınması, yeni güvenlik ihtiyaçlarını doğurmuş ve bu konuda yeni çalışmalar yapılması gerekmiştir.

²¹⁵ Beşe, a.g.e., s.70–72.

1985'te Benelüks ülkeleri ile Fransa ve Almanya tarafından hazırlanan ve zamanla Birleşik Krallık ve İrlanda haricinde tüm AB üyesi ülkeler tarafından onaylanarak 30.06.1993'te yürürlüğe giren Schengen Antlaşması ile Avrupa içindeki sınırla kaldırılmış ve tek bir harici sınır oluşturulmuştur²¹⁶.

Avrupa Birliği Anlaşması olarak da anılan Maastricht Anlaşması'nın (1992) Üçüncü Sütunu, adalet ve güvenlik alanlarında hükümetler arası işbirliğine vurgu yapmıştır.

1991'de ortaya atılan *Avrupa Polisi* düşüncesi ile kurulan Europol, uluslararası suçlarda istihbarat çalışmaları için atılmış önemli bir adım olmuştur.

19.09.2001 tarihinde "Terörizmle Mücadeleye İlişkin Konsey Çerçeve Kararı Tasarısı" ile AB'ye üye olan ve olmayan devletleri kapsamak üzere terör suçları ve uygulanacak cezalar belirlenmeye çalışılmıştır.

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) da 1989 Viyana Kapanış Bildirisi, 1990 Paris Zirvesi, 1992 Helsinki Bildirisi, 1999 Avrupa Güvenlik Şartı metinleriyle terörle mücadelede çözümler bulmaya çalışmıştır.

Küresel bir tehdit olan teröre karşı devletlerin kendi çabalarının yanı sıra diğer devletlerle de uyumlu bir şekilde çalışması bir zorunluluk olmuştur. Uluslararası alanda kabul edilen belgelerde teröre yer verilip terör kınansa da ortak bir terörizm tanımının yapılamaması, terörizmin siyasi suç olarak kabul edilmesi gibi sorunlar karşısında terörle mücadelede ortak bir yol izlenememektedir.

c. Türkiye'de Terörle Mücadele

Türkiye, bir kısmı Osmanlı İmparatorluğundan miras kalan bir kısmı da cumhuriyete yönelik olarak ve bulunduğu toprakların da etkisiyle birçok terörizm tehdidiyle karşılaşmıştır. Yüzyıllardır bulunduğu topraklarda ideolojik,

²¹⁶ Beşe, a.g.e., s.78- 82.

etnik bölücü, radikal dinci ve küresel terörle karşı karşıya kalan Türkiye’de terörizmin izleri 19.yy.a kadar dayandırılır.

Türkiye’nin terörle mücadele politikasını ve bu alanda yaptığı düzenlemeleri belirleyebilmek için öncelikle Türkiye’yi tehdit eden terör eylemlerini incelemek yerinde olacaktır.

(1) Türkiye’nin Terörle Mücadele Geçmişi

1800lü yıllarda Ermeni ve Kürt etnik terörleri ile başlayıp günümüze kadar devam eden süreçte teröre on binlerce kurban verilmiş ve faturası hem ekonomik hem de manevi açıdan çok ağır olmuştur.

1890larda Osmanlının bütünlüğünü bozmak, Ermeni topluluklarını silahlandırmak, ihtilal ve terör için hazırlık yapmak ve hükümet kuruluşlarını tahrip etmek gibi amaçlarla yola çıkan Taşnaklar, Ermeni terörünün başlangıcını yapmışlardır. Osmanlı İmparatorluğunda Padişah II. Abdülhamit’e de suikast girişiminde bulunan Ermeni teröristler, cumhuriyet döneminde sessizliğe bürünmüş ancak uluslararası unsurların da etkisiyle 1973’te Los Angeles Başkonsolosumuzu ve yardımcısını şehit ederek tekrar faaliyete geçmiştir. ASALA, JCAG, ARA ve NAR terör örgütleriyle 1985lere kadar eylemlerini devam ettiren Ermeni terörü Türk diplomatlar başta olmak üzere vatandaşlarımızı ve diğer ülke vatandaşlarını öldürmüştür²¹⁷.

Avrupa diplomasisinde *Şark Meselesi* olarak başlatılan ve Sevr Antlaşmasıyla devam ettirilmek istenen Kürt etnik bölücü terörünün başlangıcı da 1800lü yıllara dayandırılır. Osmanlı dönemi ile cumhuriyetin ilk yıllarında ayaklanmalarla kendini gösteren bölücü terör hareketleri, 1976 yılında Ankara’da PKK (Kürdistan İşçi Partisi) adı altında, Kürt ulusunun bağımsız bir örgütlenmeye hakkı olduğunu belirterek bağımsız Kürdistan devleti hayaliyle terör örgütlenmesini oluşturmuştur²¹⁸. Özellikle 1980lerden sonra Kürt

²¹⁷ Özçatalbaş, a.g.e., s. 26.

²¹⁸ Acar, Urhal, a.g.e., s.424- 430.

milliyetçiliği söylemiyle diğer devletlerin de desteğini alarak PKK/KONGRA-GEL adı altında kanlı eylemlerini sürdürmektedir.

Radikal dinci terör örgütleri de cumhuriyetin ilk yıllarında, demokratik ve laik anayasal düzeni yıkıp yerine İslami devlet kurma amacıyla eylemlerine başlamış ve yakın geçmişimizde de Muammer Aksoy, Bahriye Üçok, Çetin Emeç, Uğur Mumcu ve Ahmet Taner Kışlalı başta olmak üzere birçok vatandaşımızı katletmişlerdir.

1970lerde yaşanan ve adeta bir iç savaşa dönüşen sağ ve sol grupların ideolojik çekişmesine de binlerce kurban verilmiştir. Marksist- Leninist ideolojinin savunucuları terörizm yöntemiyle ideolojilerini kabul ettirmeye çalışarak birçok terörist yapılanmaya zemin hazırlamıştır²¹⁹.

Türkiye; kendi tarihi, coğrafi, etnik yapısından doğan terör örgütlerinin yanı sıra 2003 yılında İstanbul'da sinagog saldırılarıyla küresel terörün de hedefi olmuştur.

Tarihinin her döneminde terörle mücadele etmek zorunda kalan Türkiye'de günümüzde var olan terör örgütleri Emniyet Genel Müdürlüğü'nün açıklamasına göre şunlardır: Devrimci Halk Kurtuluş Partisi/Cephesi (DHKP/C), Maoist Komünist Parti (MKP), TKP/ ML- KONFERANS, Marksist Leninist Komünist Parti (MLKP), PKK/ KONGRA- GEL (Kürdistan Halk Kongresi- KHK), Kürdistan Devrim Partisi (PŞK), Kürdistan Demokratik Partisi/ Bakur (PDK/ Bakur), Hizbullah, Hilafet Devleti (HD), İslami Büyük Doğu Akıncılar Cephesi (İBDA-C), Tevhit-Selam (Kudüs Ordusu) ve El Kaide Terör Örgütü Türkiye Yapılanması²²⁰.

(2) Türkiye'de Terörle Mücadeleye İlişkin Düzenlemeler

Yıllardır etnik bölücü, radikal dinci, ideolojik ve küresel terörün hedefinde olan Türkiye, başta anayasa olmak üzere hem çeşitli hukuki düzenlemelerle

²¹⁹ Acar, Urhal, **a.g.e.**, s.411- 422.

²²⁰ Erişim: <http://www.egm.gov.tr/temuh/terorgrup1.html> (12.03.2010).

terörle mücadelede etmeye çalışmış hem de organik olarak gerekli örgütlenmesini oluşturmuştur.

i. 1982 Anayasası

1982 Anayasasında, *Başlangıç* kısmı ile *Genel Esaslar* Başlıklı Birinci Kısım'ında 2, 4, 12, 13, 14, 15 ve 16. maddelerde terörle mücadelenin temelini oluşturacak unsurlar belirtilmiştir.

Karşı karşıya kalınacak muhtemel bir terör eylemi neticesinde şiddet olaylarının yaygınlaşması hali için de olağanüstü hal rejimi veya sıkıyönetimin uygulanabileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre “şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebebiyle” olağanüstü hal (m.120); “olağanüstü halin ilanını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması” ise sıkıyönetim (m.122) olarak düzenlenmiştir.

ii. 2935 sy. Olağanüstü Hal Kanunu ve 1402 sy. Sıkıyönetim Kanunu

2935 sy. Olağanüstü Hal Kanununda “*Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması*” (m.1/b) durumunda olağanüstü hal ilan edilmesiyle, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu görevlilerinin yetki ve görev dağılımı, sınır ötesi harekât yetkisi ile kurumlar arasındaki işbirliği ve kuvvet isteme gibi konular düzenlemiştir.

1961 Anayasasının 124. maddesini dayanak alan 1402 sy. Sıkıyönetim Kanunu, “*sıkıyönetim altına alınan yerlerde genel güvenlik ve asayiş*”i

sağlamak üzere çıkarılmış ve Sıkıyönetim Komutanının görev ve yetkileri ile sıkıyönetim yargılamasına ilişkin hükümler getirmiştir.

iii. 3713 sy. Terörle Mücadele Kanunu

Ceza hukuku sistematığının bir parçası olarak somut bir suç şüphesi ortaya çıktıktan sonraki dönemle ilgili hükümleri içermek üzere 12.04.1991 tr. 3713 sy. Terörle Mücadele Kanunu (TMK) kabul edilmiştir. Bu kanunla terör, terör suçlusu tanımları yapılmış, terör suçları sayılmış ve terörle mücadelede yargılama ve infaz usulleri hüküm altına alınmıştır²²¹.

Kanunun 1.maddesinde; başvurulanan yöntemler, eylemlerin amacı ve örgüt yapılanması unsurlarından oluşan terör tanımı yapılmıştır. Buna göre öncelikle eyleme, birbirinin yakın anlamında kullanılan "cebir ve şiddet", "baskı", "korkutma", "yıldıрма", "sindirme" veya "tehdit" yöntemlerinden biriyle girişilmiş olunması gerekir. Yine eylem, *"Anayasa'da belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzenini değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin 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"* amaçlarından biriyle işlenmelidir. Ve son olarak da bu eylemler bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmelidir. Bir örgüt faaliyeti çerçevesinde sistemli olarak işlenen ve her türlü suç teşkil eden eylemler, terör suçudur.

Terör suçunu örgüt üyesi olarak işleyen ve işlemese de örgüt üyesi olan kişiler, terör suçlusu olarak kabul edilmiştir. Hatta kişi, örgüt üyesi olmasa da örgüt adına suç işlediği takdirde terör suçlusu sayılarak örgüt üyesi olarak cezalandırılacaktır (m.2).

²²¹ İzzet Özgenç, **Terörle Mücadele Kanunu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2006, s.17'den naklen Terörle Mücadele Kanunu Tasarısına ilişkin olarak TBMM İçişleri Komisyonunun 27.04.2006 tr. E.1/1194, K.40 sy. Raporu, TBMM, Dönem: 22, Y.4, Sıra Sayısı:1222.

Kanunun “*Terör Suçları*” başlıklı 3. maddesinde yer verilen suçlar 5237sy. Türk Ceza Kanununa göre güncellenerek, maddede hangi suçların terör suçu olarak kabul edileceği sayılmıştır. Bu suçlar: Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (TCK m.302), Askeri tesisleri tahrip ve düşman askeri hareketleri yararına anlaşma (TCK m.307), Anayasayı ihlal (TCK m.309), Yasama organına karşı suç (TCK m.311), Hükümete karşı suç (TCK m.312), Türkiye Cumhuriyeti hükümetine karşı silahlı isyan (TCK m.313), Silahlı örgüt (TCK m.314), Silah sağlama (TCK m.315), Yabancı hizmetine askere yazma, yazılma (TCK m.320), Cumhurbaşkanı suikast (TCK m.310/1)’tir.

Bazı suçlar ise işleniş amacı ve tarzı itibariyle terör suçu olarak değerlendirilirler. Bu kapsamda yer alan suçlar, uluslararası belgelerde olduğu gibi sayma yöntemiyle TMK m.4’te sıralanmıştır²²². 5237 sy. Türk Ceza Kanunu, 6136 sy. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun, 6831 sy. Orman Kanunu, 4926 sy. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 1982 Anayasasının 120. maddesi, 2863 sy. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununda yer verilen bazı suçlar, TMK m.4 gereğince diğer şartların da varlığı halinde terör suçu sayılacaktır. “Terör örgütü faaliyeti çerçevesinde” işlenen suçlar ile “terör örgütü yararına” veya “terörle ilgili” suçların aynı kabul edilmemesi gerekir. Zira terör örgütü yararına veya terörle ilgili işlenen suç, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmemiş olabilir²²³.

Siyasi amaçlarla bir örgütün faaliyeti çerçevesinde sistematik olarak işlenen suçlar, bu suçların soruşturma ve kovuşturulması ve mahkûm olunan cezanın infazıyla ilgili özel hükümlere ilişkin olarak ceza hukuku reformu kapsamında diğer ceza kanunlarıyla da uyum sağlamak üzere TMK’da değişiklikler yapılmıştır.

²²²Özgenç, a.g.e., s.34.

²²³ Vahit Baltacı, **Yeni TCK ve CMK’ da Terör Suçları ve Yargılaması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Mart 2007, s.325.

iv. 5952 sy. Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun

17.02.2010 tr. 5952 sy. Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunla²²⁴ genel bütçeye dâhil, “*terörle mücadeleye ilişkin politika ve stratejileri geliştirmek ve bu konuda ilgili kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonu sağlamak üzere İçişleri Bakanlığına bağlı Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı kurulmuştur*” (m.3). Yine 5952 sy. Kanunla “*güvenlik kuruluşları ve ilgili kurumlar arasında terörle mücadele alanında gerekli koordinasyonu sağlamak, bu alandaki politika ve uygulamaları değerlendirmek amacıyla da İçişleri Bakanının başkanlığında Terörle Mücadele Koordinasyon Kurulu oluşturulmuştur*” (m.4).

Kanunun 4. maddesinde belirlenen görevlere göre güvenlikle ilgili operasyonel görevi olmayan Müsteşarlık, ilk olarak *terörle mücadelede politika ve stratejilerin belirlenmesine yönelik çalışmalar yürütür ve bunların uygulanmasını izler. Güvenlik kuruluşları ve istihbarat birimlerinden gelen stratejik istihbaratı değerlendirmek ve ilgili birimlerle paylaşmakla* görevli olan Müsteşarlık yapısında İstihbarat Değerlendirme Merkezi oluşturulacaktır.

Müsteşarlık, görevlerini ifa ederken *bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar ile işbirliği içerisinde çalışacak ve Müsteşarlık tarafından istenen her türlü bilgi ve belge talebi; ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmeksizin yerine getirilecektir* (m.15).

Terörle mücadele politika ve stratejilerini belirleyen ve bunun uygulanmasını izleyen Müsteşarlığın, Milli Güvenlik Kurulunun *milli güvenlik siyasetini tayin, tespit ve uygulanması ile ilgili tavsiye kararlarının* karşısında ne tür bir etkinlikte olacağı ise tartışmalıdır.

v. Diğer Düzenlemeler

²²⁴ RG, 04.03.2010, S.27511.

Yukarıda açıklanan hukuki düzenlemelere ek olarak birçok kanun ve yönetmelikte de terörle mücadeleye ilişkin önleyici ve adli hükümlere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerden bazıları: 5237 sy. Türk Ceza Kn., 5271 sy. Ceza Muhakemesi Kn., 5190 sy. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılması ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kaldırılmasına Dair Kn., 2559 sy. Polis Vazife ve Selahiyet Kn., 4959 sy. Topluma Kazandırma Kn., 1481 sy. Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kn., 5187 sy. Basın Kn., 5253 sy. Dernekler Kn., 3201 sy. Emniyet Teşkilat Kn., 5442 sy. İl İdaresi Kn., 442 sy. Köy Kn., 2330 sy. Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kn., 5233 sy. Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansması Hakkında Kn., 2821 sy. Sendikalar Kn., 2820 sy. Siyasi Partiler Kn., 2921 sy. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kn., 2822 sy. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kn., 1774 sy. Kimlik Bildirme Kn., Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğidir²²⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(1950), İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi(1948), İşkence ve Gayriinsanî Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi(1987), İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi(1984) gibi Türkiye'nin de onayladığı uluslararası sözleşmeler de terörle mücadeledeki uygulamalarda başvurulmaktadır.

B. Sosyal Risk İlkesi

Demokratik hayatın getirdiği özgürlükler, bazen toplum hayatının düzenine karşı tehditler içerebilmektedir. Karmaşıklaşan toplum hayatında sadece o toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan zararlar ortaya çıkabilmektedir. Bu noktada özgürlükçü yapıyı korumak zorunda olan demokratik devletler, demokrasiden faydalanarak toplumsal kargaşa yaratan

²²⁵ Erişim: <http://www.egm.gov.tr/temuh/mevzuat1.html> (13.03.2010).

olayları önlemek, önleyemediği takdirde de bu olaylardan zarar gören kişilerin zararlarını karşılamakla yükümlüdür.

Kitle hareketlerinden doğan kargaşa ve saldırılar, tüm topluma yönelik olmakla birlikte bundan zarar görenler belli kişi veya kişilerdir. Bundan dolayıdır ki bu tür olaylardan doğan zararların, tüm toplum tarafından paylaşılması, zarar görenler üzerinde bırakılmaması gerekir. Bu düşünceden hareketle bu zararların kusursuz sorumluluk esaslarına göre toplumun siyasi örgütlenmesi olan devlet tarafından ödenmesi, sosyal risk ilkesini ifade etmektedir²²⁶.

1. Sosyal Risk Kavramı

İçtimai hasar, toplumsal muhatara, toplumsal hasar olarak da adlandırılan sosyal risk ilkesi; idarenin, kitle hareketlerinden ve savaşlardan doğan kargaşa ve saldırılar karşısında doğan zararları karşılamasını ifade eder²²⁷.

Topluma mensup bireylerin farklı ihtiyaçlarının, amaçlarının, fikirlerinin olması ve bunları dile getirebilmeleri demokrasinin önemli bir parçasıdır. Ancak bu özgürlüklerin, demokratik yöntemlerle değil de saldırılar düzenlenip kargaşa yaratılarak kullanılması, toplum hayatı için tehlike oluşturacağından devletin müdahalesini gerektirir. Toplum düzenini bozacak eylemleri önlemekle görevli olan devletin müdahalede geç kalması, bireylere zarar verebilir. Aslında devlete zarar verme amacıyla gerçekleştirilen bu eylemler, sadece o toplumun bireyi olması sebebiyle zararın doğmasında hiçbir kusuru bulunmayan kişileri etkiler. Bütün toplumu hedef alan eylemlerle belli kişiler üzerinde doğan zararın, zarar gören diğer kişilerce de paylaşılması *toplumsal dayanışma* gereğidir. Bu zararların toplumun temsilcisi ve siyasi örgütlenmesi

²²⁶ Azrak, **a.g.m.**, s. 137, 141.

²²⁷ Azrak, **a.g.m.**, s. 136, 137.

olan idare tarafından ödenmesi, idarenin sorumluluğunun kapsamını genişletmiştir²²⁸.

Sosyal risk ilkesi, kusursuz sorumluluğun genel özelliklerinden farklı bir yapıya sahiptir; sosyal risk ilkesi, istisnaidir. Zira sosyal risk ilkesinde zararı doğuran olay, idarenin hukuka uygun faaliyeti, personelinin davranışı veya tehlikeli şeylerin kullanımı ve tehlikeli durumlardan değil; idareye yabancı kişi veya toplulukların eylemidir. İdare, zarar doğuran bu eylemleri kusuru olmaksızın önleyemediği veya önleseydi daha büyük zararların doğumuna sebebiyet vereceğinden kaçındığı için zararlardan sorumlu olacaktır²²⁹.

Doktrindeki hâkim görüşe göre sosyal riskte zararı doğuran eylem, idareye yabancı üçüncü kişilere ait olduğundan zarar ile idari eylem arasında illiyet bağı kurulamamaktadır²³⁰. Zarar ile idari eylem arasında illiyet bağının kurulamadığı ancak hukuki dayanaktan yoksun olarak idarenin sorumluluğunun söz konusu olduğu tek durum, sosyal risk ilkesidir.

2. Sosyal Risk İlkesinin Temeli ve Sınırları

Kusursuz sorumluluk esasında, zarar görenle zararın nitelik ve niceliği dikkate alınıp ayrıca idarenin kusuru araştırması yapılmadığından, idari sorumluluğun temeli kabul edilen *imkân ve fırsat eşitliği* tam olarak gerçekleştirilebilmektedir²³¹. Bu bağlamda sosyal risk ilkesinin de hukuki temeli, imkân ve fırsat eşitliğidir. İmkân ve fırsat eşitliğinin felsefi kökeni ise 1961 Anayasasının Başlangıç kısmında da benzer cümlelerle yer alan “Topluca Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet

²²⁸ Azrak, **a.g.m.**, s.141

²²⁹ Azrak, **a.g.m.**, s.137.

²³⁰ Azrak, **a.g.m.**, s.137, 138.

²³¹ Duran, **a.g.e.**, s.47.

hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu...”²³² cümlesinde ifadesini bulan dayanışma ilkesidir²³³.

Sosyal risk ilkesi, topluma yönelmiş saldırıların yol açtığı zararların kusuru bulunmayan kişiler üzerinde bırakmanın adil olmayacağı düşüncesiyle ortaya çıkmıştır. Ancak zarara yol açacak bu saldırıların çerçevesi çok geniş tutularak toplumdaki tüm zararlardan devletin sorumlu olacağını ifade edebilecek “kamusal sigorta”ya dönüşmemesi gerekir²³⁴. Bu noktada sosyal riskin sınırlarının belirlenmesi önem taşır. *Olayın niteliği ve olaylar karşısında devletin durumu* dikkate alınarak sosyal riske sınırlamalar getirilmiştir²³⁵:

Öncelikle zararı doğuran eylemler, tüm topluma yönelik olmalı ve toplumdaki dayanışma duygusunu etkilemelidir. Zira zarar, toplumda birlikte yaşama zorunluluğu karşısında, zarar gören kişilerin müdahil olmadığı olaylardan doğmaktadır. Sosyal risk ilkesinin en önemli özelliklerinden birisi de zarar gören kişilerin, hem idarenin faaliyetlerinin hem de zarar doğuran eylemin tamamen dışında kalıp eyleme aktif olarak katılmayan kişiler olmasıdır²³⁶.

Kitle hareketlerinden doğan kargaşa ve saldırılar ile savaşlarda sivil halkın uğradığı zararlardan devleti sorumlu tutabilmek için, bu zararı doğuran eylemleri, devletin önlemekle yükümlü olduğu halde kusuru olmaksızın önleyememesi veya önlemesinin daha ağır sonuçlar doğurması sebebiyle önlemekten kaçınmış olması gerekmektedir.

3. Sosyal Risk İlkesinin Özellikleri

İdarenin kusursuz sorumluluğunda istisnai olan sosyal risk ilkesi, bu nitelemesini, şu özelliklerine borçludur:

²³² 1982 Anayasası Başlangıç kısmı 7. paragraf

²³³ Azrak, **a.g.m.**, s.141.

²³⁴ Azrak, **a.g.m.**, s.138.

²³⁵ Bereket Baş, **İdari Yargı Panel**, s.365, 366.

²³⁶ Bereket Baş, **İdari Yargı Panel**, s.372; Özgüldür, **a.g.e.**, s. 91; Azrak, **a.g.m.**, s.136.

a. İlliyet Bağının Aranmaması

Sorumluluk hukukunda esas olan, zarar ve zarara neden olan davranış arasında illiyet bağının bulunması zorunluluğudur. Eğer zarar, kişinin sorumlu tutulacağı eylemin sonucunda doğmamış ise kişiyi bu davranışından sorumlu tutmak mümkün değildir. İdarenin sorumluluğunun tek hukuki dayanağı olan 1982 Anayasası m.125/son'da yer alan *“İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”* hükmü ile de sorumluluğun doğabilmesi için zarar ve idarenin eylem ve işlemi arasında illiyet bağı aranmaktadır.

Sorumluluğun doğabilmesi için illiyet bağının varlığı, hem kusur sorumluluğunda hem de kusursuz sorumluluk esasında geçerli olmakla birlikte sosyal risk ilkesi, bu kuralın istisnası olarak kabul edilmektedir. Doktrinde ve yargı içtihatlarındaki genel kabule göre sosyal risk ilkesi, illiyet bağının aranmadığı tek kusursuz sorumluluk ilkesidir. Zararı doğuran, idarenin personelinin davranışından; idarenin faaliyetinden, tesislerinden, araç veya gerecinden değil idareye yabancı kişilerin idarece önlenemeyen veya önlenmesi daha büyük zarar yaratacak eylemleridir.

İstisna olarak kabul edilen sosyal risk ilkesinde idare, başkalarının eylemlerinden sorumlu tutularak Anayasa m.125'e aykırı bir uygulama yapılmaktadır. Anayasa m. 125 karşısında *“Eğer zarar, idarenin işlem veya eyleminden ileri gelmemişse idare neden bu zarardan sorumlu tutulmaktadır?”* sorusunun cevabı net olarak verilememektedir²³⁷.

İşlev alanı genişleyen idarenin, sorumluluğunun da genişlemesi, personelinin kişisel kusurundan ve üçüncü kişilerin eylemlerinden doğan zararların da idarenin sorumluluğunda olmasını savunan Azrak, Anayasa hükmünün geniş yorumlanması gerektiğini belirtmektedir²³⁸. Sosyal risk ilkesini *hukuki eşitlik, hakkaniyet ve nasfet* esaslarına dayandıran Onar ise idari eylemle zarar arasında illiyet bağı olmaması nedeniyle normal şartlarda

²³⁷ Akylmaz, **Sosyal Risk**, (Çevrimiçi) s.4, (17.03.2010).

²³⁸ Azrak, **a.g.m.**, s.135, 136.

zararın doğmayacağını ancak zararın toplumsal bir faydanın korunmasından doğması nedeniyle toplumca karşılanması gerektiğini söylemiştir²³⁹.

b. Sorumluluğun İdareye Yüklenebilmesi

Kamu düzenini korumakla yükümlü olan idare, topluma yönelik tehditleri önleyerek toplumun can ve mal güvenliğini sağlamalıdır. Bu nedenledir ki sosyal risk ilkesi, sadece kitle hareketleri ve savaşlarda değil, faili bilinmeyen siyasi nitelikli münferit terörist olaylarında da uygulanabilmektedir²⁴⁰. Sosyal risk ilkesi de kamu düzenini bozacak saldırıların idarece önlenememiş veya önlenmesi daha büyük zarar doğuracağı için önlemekten kaçınmış olduğu zararlar için kullanılmaktadır.

Toplumu tehlikelere karşı korumada idare, özellikle istihbarat ve güvenlik hizmetlerinin örgütlenmesini, personelini ve araç ve gerecini en üst seviyede tutmak zorundadır. İhtiyacın gereklerini karşılamada kanuni yükümlülüklerini yerine getiren idare, her nasılsa zararın doğmasını önleyememiş olabilir. Teknolojik gelişmeler de dikkate alındığında topluma yönelik tehdit ve saldırılarda idarenin alması gereken önlemlerin her gün biraz daha değişkenlik göstererek artacağı da bir gerçektir. Günün ihtiyaçlarına cevap vermek zorunda olan idarenin de bu gelişmeleri takip ederek bu tehdit ve saldırıları önleme konusunda tamamen kusursuz olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. İdarenin topluma yönelik tehdit ve saldırıları daha büyük zararlara yol açmamak için önlememesi durumunda ise idarenin kusursuz olduğunu söylemek de mantık dışı olacaktır²⁴¹.

c. Zararın Bir Arada Yaşamanın Kaçınılmaz Sonucu Olması

²³⁹ Onar, **a.g.e.**, s.1744.

²⁴⁰ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 95, 96; Azrak, **a.g.m.**, s.145.

²⁴¹ Akyılmaz, **Sosyal Risk**, (Çevrimiçi) s.4, (17.03.2010).

Toplumda bir arada yaşamak zorunda olan bireyler, hem toplum içinden hem de toplum dışarısından gelen çeşitli kitle hareketlerine, kargaşa ve saldırılara, savaşımlara maruz kalmaktadırlar. Birçoğu siyasi amaçlı bu eylemler, devletin kendi politikası veya yabancı devletlerin politikaları olarak toplumların karşısına çıkabileceği gibi toplumdaki kişi ve gruplar tarafından yapılabilir²⁴². Devlete yönelik olarak hedeflenen siyasi amaç için tüm toplumu tehdit eden eylemler, fiili olarak bir grup insanı etkilese de bundan tüm toplum zarar görür. Kişisel husumetten doğmayan bu zararların tüm topluma pay edilmesi gerektiği düşüncesiyle de sosyal risk ilkesi doğmuştur.

Sosyal risk ilkesi, sosyal adalet düşüncesine dayandırılrsa da bu görüş de eleştirilmiştir. Akyılmaz'a göre, topluma yönelmiş tehditler karşısında zarar görenler eşitken, tazmini gereken zararlarda eşitlik bozulmaktadır; meydana gelen zararlarda toplum, riski eşit olarak paylaşmakta ancak ödenen tazminatlar arasında önemli farklılıklar oluşmaktadır²⁴³.

4. Sosyal Risk İlkesinin Diğer Sorumluluk İlkelerinden Farkları

Kusur esasına göre kusurlu ve kusursuz sorumluluk olarak gruplandırıdığımız idarenin sorumluluğunda illiyet bağı her iki sorumluluk çeşidinde de zorunlu unsurdur. Meydana gelen zararlar idarenin işlem ve eylemi arasında illiyet bağı kurulamıyorsa idarenin sorumlu tutulması da söz konusu olmaz. Bu nedenle sosyal risk ilkesinde illiyet bağı aranmayacaksa, idare, ne kusurlu ne de kusursuz olarak sorumlu tutulabilir. Doktrinde ve yargı kararlarında kusursuz sorumluluk başlığı altında incelenen sosyal risk ilkesinde illiyet bağının varlığı şart koşulduğunda ise bu ilke, *“güvenlik hizmetlerinin işlememesi sebebiyle ortaya çıkan bir hizmet kusuru”* şeklinde tanımlanacaktır²⁴⁴.

²⁴² Akyılmaz, **Sosyal Risk**, (Çevrimiçi) s.5, (17.03.2010).

²⁴³ Akyılmaz, **Sosyal Risk**, (Çevrimiçi) s.5, (17.03.2010).

²⁴⁴ Mustafa Köksal, “Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların İdarece Karşılama Usulü” **Terazi Hukuk Dergisi**, Y.4, S.36, Ağustos 2009, s. 91.

Doktrin ve yargı kararlarında hâkim olan görüşe göre kitle hareketlerinden veya failleri bilinmeyen siyasi saldırılardan doğan zararlar, idarenin yürütmek zorunda olduğu hizmetin kuruluş, düzenleniş ve işleyişindeki eksiklik, aksaklık, bozukluğa dayanıyorsa hizmet kusuru ilkesine göre idarenin sorumlu olacağı muhakkaktır. Ancak idareye bu konuda bir kusur atfedilemiyorsa diğer şartların da varlığı halinde idare hukukunda istisna olarak kabul edilen sosyal risk ilkesine başvurulabilinecektir. Zaten sosyal risk ilkesinde esas olan da zararın idareye yabancı üçüncü kişilerin eylemlerinden doğmuş olmasıdır.

Sosyal risk ilkesini diğer kusursuz sorumluluk ilkeleriyle karşılaştırdığımızda da yine aynı sonuçla karşılaşmaktayız: sosyal risk ilkesinde zarar, idarenin personelinin davranışından veya idarenin tehlikeli araç ve gereci ile tesislerinden, yöntemlerinden değil, idareye yabancı üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanmaktadır. İdare bu eylemleri, önleyememiş veya önleseydi daha büyük zararlar doğabileceği için önlememiştir. Bu eylemlerden doğan zararlar idarenin işlem ve eylemi arasında yine illiyet bağı yoktur²⁴⁵.

Kusursuz sorumluluk ilkelerinden olan risk ilkesi, idarenin niteliği gereği tehlike taşıyan faaliyet ve araçlarından kaynaklanan zararların idarece karşılanmasıdır. Risk ilkesi kapsamında incelenen mesleki risk ilkesinin de kamu hizmetinin ifası sırasında veya bu hizmet dolayısıyla kamu görevlilerinin uğradıkları zararların idarece tazmin edilmesi olduğunu daha önce incelemiştik. Mesleki risk ilkesi, illiyet bağının varlığı hususunda tartışma olmadığından risk ilkesine dâhil edilmişken, sosyal risk ilkesi illiyet bağı yerine hukuki eşitlik, nasfet gibi daha geniş kapsamlı hakkaniyet esaslarına dayandırıldığından risk ilkesi kapsamında değerlendirilmemiştir²⁴⁶. Bu bağlamda diğer şartların da varlığı halinde habersiz ve kendiliğinden oluşan bir kitle hareketinden vatandaşların gördüğü zararlar, sosyal risk; bu harekete müdahale eden kamu görevlilerinin uğradığı zararlar ise mesleki risk kapsamında değerlendirilecektir. Bu harekete müdahale eden güvenlik

²⁴⁵ Azrak, **a.g.m.**, s.137.

²⁴⁶ Onar, **a.g.e.**, s.1744.

görevlilerinin vatandaşlara verdiği zararlar ise risk ilkesine göre karşılanacaktır²⁴⁷.

İdarenin kamu hizmetlerini ifa ederken bazı kişiler üzerinde özel ve anormal zararların doğması da imkân ve fırsat eşitliği gereğince kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine göre tazmin edilir. Hukuki temellerinin benzeştiği gerekçesiyle sosyal risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi arasında yakınlık olduğu ileri sürülmüştür²⁴⁸. Her ne kadar ikisi de eşitlik ilkesinden hareket edip özel ve anormal zararın ortaya çıkmasını arasa da sosyal risk ilkesinde idarenin bir faaliyeti söz konusu değildir.

5. Sosyal Risk İlkesinin Uygulanması

Kitle hareketlerinden doğan zararın idarece tazmin edilmesi için öngörülen sosyal risk ilkesi, illiyet bağı aranmadığı için genel sorumluluk anlayışına uygun düşmemektedir. Bu nedenle kitle hareketlerinden ve terör eylemlerinden doğan zararlar, sorumluluk hukukuna istisna getirilerek karşılanmaktadır. Bu istisnai düzenlemeleri yapma yetkisi de yargı organları veya doktrinin değil, yasama organındadır.

a. Fransa Örneğinde Sosyal Risk İlkesinin Uygulanması

Fransa'da savaşımlardan doğan zararları karşılamak üzere ortaya çıkan sosyal risk ilkesiyle, çeşitli kanuni düzenlemelerle toplantı veya gösteri gibi kitle hareketlerinden ve savaşımlardan doğan zararlar idarece karşılanmaktadır. 1914 ve 1919 tr. Kanunlarla I. Dünya Savaşımdan, 1946 tr. Kanunla da II. Dünya Savaşımdan olağanüstü zararlara uğrayan Fransız vatandaşlarının

²⁴⁷ Bereket Baş, **İdari Yargı Panel**, s.366; Azrak, **a.g.m.**, s.140.

²⁴⁸ Azrak, **a.g.m.**, s.141, 142.

zararlarının, sosyal dayanışma ilkesince devlet tarafından karşılanması öngörülmüştür²⁴⁹.

Kitle hareketlerinden doğan zararların karşılanmasıyla ilgili olarak 1914 tr. Kanunla ele alınan sosyal risk ilkesi, 1983 ve 1986 tarihli kanunlarla yeniden düzenlenmiştir. Sözü edilen kanunlara göre kolektif nitelikli eylemlerin doğrudan ve açık sonucu olan zararlar, devlet tüzel kişiliği tarafından sosyal risk ilkesine göre karşılanıp uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenecektir²⁵⁰.

Ancak bu kanunun kapsamına terör olaylarından doğan zararlar dâhil değildir. Fransız hukukunda terör eylemlerinden dolayı idarenin sorumluluğunun doğabilmesi için idarenin bu saldırıyı önlemede kusuru olmalıdır. İdarenin kusuru olmadığı takdirde, zarar ile idarenin davranışı arasında illiyet bağı bulunmadığından kusursuz sorumluluk ilkelerine dahi başvurmak mümkün değildir²⁵¹. Fransa'da başta terör eylemlerinden zarar görenler olmak üzere diğer bazı adi suçların mağdurlarının da zararlarının tazmini için 1986 tr. ve 86–1020 sy. kanunla özel hukuk tüzel kişiliğine sahip bir fon (*Le Fonds d'indemnisations des victims des actes de terrorism*) kurulmuştur²⁵².

b. Ülkemizde Sosyal Risk İlkesinin Uygulanması

Fransa'da sosyal dayanışma ilkesi çerçevesinde düzenlenen sosyal risk ilkesi *kassame* adı altında İslam hukukunda da kabul edilmiştir. Zarar uğrayan kimsenin, zararının doğumuna neden olan failin bulunamaması halinde zararın o yer halkı arasında paylaştırılmasına *kassame* denilmiştir²⁵³.

Türk hukukunda ise 1980lerde anayasal düzeni yıkmaya yönelik ve çeşitli ideolojik görüşlere dayanan terör eylemlerinin artmasıyla gündeme

²⁴⁹ Tuncay Armağan, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997, s.164.

²⁵⁰ Çağlayan, *a.g.e.*, s.308- 311.

²⁵¹ Çağlayan, *a.g.e.*, s.320, 321.

²⁵² Çağlayan, *a.g.e.*, s.321.

²⁵³ Onar, *a.g.e.*, s.1745.

gelen sosyal risk ilkesinin hukuki çerçevesinin çizilip uygulanmasında doktrin ve yargı kararlarında görüş birliği henüz oluşturulamamıştır. Genel kanuni düzenlemelerle kitle hareketlerinden doğan zararların idare tarafından karşılanması kuralının getirilmesi yerine konu ile ilgili tartışmalar doktrin ve yargıya bırakılmıştır. İlliyet bağının varlığıyla ilgili tartışmalar, doktrinde devam ederken, yargı yerleri de sosyal risk ilkesinin uygulanmasında zaman zaman tereddütler göstermiştir.

Sosyal risk ilkesinin ülkemizdeki uygulaması, sorumluluk hukuku esaslarına uygun düşmese de Fransız hukukundaki yaklaşımın ülkemizde de uygulanmasını ileri sürmek, ülkemizin gerçekleriyle örtüşmeyecektir. Ülkemizin yıllardır terör eylemlerinden büyük zararlar gördüğünü düşündüğümüzde, idarenin eylemi ile zarar arasında illiyet bağı olmadan terör eylemlerinden doğan zararları karşılama amacıyla yargı yerlerinin, zararın masum insanlar üzerinde bırakılmaması için gösterdiği çaba çok önemlidir²⁵⁴. Yargı yerlerinin gösterdiği bu çabanın, asıl yetkili olan yasama organınca gösterildiğini söylemek ise mümkün değildir.

Ülkemizde birtakım kanuni düzenlemeler yapılsa da bunlar özel kanun niteliğinde olduklarından konunun açıklığa kavuşturulmasında yeterli olamamışlardır. Bu düzenlemelerden bazılarını incelersek:

1939 tr. ve 3634 sy. Millî Müdafaa Mükellefiyetleri Kanunu seferberlik halinde devletin istimval yoluyla özel mülkiyete müdahalesini tazmin etmesi için hükümler getirerek, daha çok kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine yöneliktir²⁵⁵.

1980 tr. ve 2330 sy. Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, 1982 tr. ve 2629 sy. Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağa Adam Hizmetleri Tazminat Kanunu gibi kanunlar ise hizmeti yürüten kamu görevlilerinin uğradığı zararların giderilmesine yönelik olarak mesleki risk ilkesi dikkate alınarak hazırlanan kanunlardır²⁵⁶.

²⁵⁴ Akyılmaz, **Sosyal Risk**, (Çevrimiçi) s.8,9, (17.03.2010).

²⁵⁵ Akyılmaz, **Sosyal Risk**, (Çevrimiçi) s.3, (18.03.2010).

²⁵⁶ Akyılmaz, **Sosyal Risk**, (Çevrimiçi) s.3, (18.03.2010).

Kitle hareketlerinden doğan zararlarda sosyal risk ilkesi gereğince idarenin sorumlu olduğuna yer veren tek kanuni düzenleme, 6- 7 Eylül 1955 tarihlerinde İstanbul ve İzmir’de yaşanan olaylardan zarar görenlerin zararlarının ödenmesi için çıkarılan 28.02.1956 tr. ve 6684 sy. Kanundur.

28.08.1992 tr. ve 3838 sy. Kanun ise Şırnak ve Çukurca’da meydana gelen terör eylemleri neticesinde doğan zararların idarece tazmin edilmesi için çıkarılmıştır.

Terör eylemlerinden doğan zararların idarece tazminini içeren genel kanun, ancak 2004 yılında çıkarılmıştır. 17.07.2004 tr. ve 5233 sy. Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun, daha sonra inceleyeceğimiz üzere terör eylemleri ve terörle mücadele faaliyetleri nedeniyle kişilerin uğradığı maddi zararların idarece karşılanmasını düzenlemektedir. 5233 sy. Kanun, terör ve terörle mücadeleden doğan zararların en kısa zamanda sulh yoluyla karşılanmasını öngörerek doktrin ve yargı kararlarındaki tartışmalara cevap olma amacındadır²⁵⁷.

C. Danıştay Kararlarında Terörle Mücadele Ve Sosyal Risk

Hukukumuzda idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak hukuki düzenlemeler yapılmamış sadece Anayasada idarenin sorumluluğuna dair genel bir hükme yer verilmiştir; sorumluluğun dayanak ve şartlarının belirlenmemiş olması, idari yargı yerlerine tazminata neden olan olguyu değerlendirmede serbestlik getirmektedir. İdari yargı yerinin, idarenin sorumluluğuna hükmederken dayanacağı hususların önceden belirlenmemiş olması, kararda kusurlu ve kusursuz sorumluluğuna birlikte hükmedilmesine, hizmet kusuru ile kusursuz sorumluluğun karıştırılmasına veya kusursuz sorumluluğun kapsamının genişletilmesine neden olabilmektedir²⁵⁸.

²⁵⁷ Metin Aslan, “İdarenin Terör Eylemlerinden Doğan Zararlardan Dolayı Sorumluluğu”, **Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı**, y.y. Mayıs 2007, s.230.

²⁵⁸ Şeref Gözübüyük, “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, **AÜSBFD**, C.50, Haziran- Aralık 1998, No.3- 4, s.193, 194.

Sosyal risk ilkesinin somut olaya uygulanmasında da Danıştay, önceleri çekimser davranmış ancak 1980lerde yoğunlaşan terör olaylarından doğan zararların karşılanmasında sorumluluğun dayanağı olarak kullanmaya başlamıştır.

Danıştay, sosyal risk ilkesinin hangi kapsamda ele alınacağını belirleyememiştir. Bazı kararlarında sosyal risk ilkesini, kusurlu ve kusursuz sorumlulukta olduğu gibi idarenin sorumluluğunun bir çeşidi olarak görmüş²⁵⁹; diğer bazı kararlarında ise kusursuz sorumluluk ilkesinin istisnası²⁶⁰ olarak kabul etmiştir.

1. Danıştay Kararlarında Kitle Hareketleri

1961 Anayasasının yürürlüğe girmesinden önce Danıştay, kitle hareketlerinden doğan zararlarda idarenin sorumluluğunun doğması için genel olarak *ağır kusur* şartını aramakla birlikte bazı kararlarında hizmet kusuru ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayandığını da görmekteyiz; 1961 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra ise *ağır kusur* şartını aramamış ancak kusursuz sorumluluğa da genellikle yer vermemiştir²⁶¹.

Kitle hareketlerinden doğan zararlar için Danıştay, kararlarında *kişilerin can ve mal güvenliğini korumanın devletin başta gelen görevlerinden olduğunu belirttikten sonra idarenin bu görevini yerine getirirken yeterli örgütlenmeyi kurmak ve bu örgütlere gerekli personel ile araç ve imkânları sağlamak ve bunları hizmete hazır tutmakla yükümlü olduğunu, can ve mal güvenliğine karşı saldırı olasılığında da bu olayları önleyici yeterli ve etkin önlemleri almak zorunda olduğunu* vurgulamıştır. Danıştay, bu genel açıklamayı yaptıktan sonra da *“halkın can ve mal güvenliğinin korunması şeklindeki kamu hizmetinin düzenlenmesi ve işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya çıkan hizmet kusurunun kabulüyle, zararların hizmeti yürütmekle*

²⁵⁹ Danıştay 10.D. 29.01.2007 tr. ve E.2004/7285, K.2007/212 sy. Kararı, **DAN- DER**, S. 115, DBB.

²⁶⁰ Danıştay 10. D. 13.10.1993 tr. ve E.1992/3372, K.1993/3777 sy. Kararı, **DAN- DER**, S.89, DBB.

²⁶¹ Duran, **a.g.e.**, s.44–46.

*görevli idarece tazminine*²⁶² karar vermiştir. Danıştay'ın, kitle hareketlerinden doğan zararlar için öncelikle idarenin gerekli ve etkin önlemleri almaması, olaylara müdahale etmede gecikmesi gibi hususları değerlendirerek hizmet kusuru araştırması yapması isabetli olmuştur. Ancak bu tür olayların hepsinde, zararın doğmasını gerekçe göstererek hizmet kusurunun varlığını kabul edip idarenin sorumluluğunun bulunduğunu sonucuna varmak mümkün değildir²⁶³.

2. Danıştay Kararlarında Terör ve Terörle Mücadele

Kitle hareketlerinin haricinde esas olarak terör eylemleri ve terörle mücadeleden doğan zararlar için de sosyal risk ilkesi kullanılmaktadır. Terörle mücadele sırasında birçok işlem tesis edip eylemde bulunan idarenin bu faaliyetleri sebebiyle bireylerin zarara uğraması halinde idarenin sorumluluğunun doğacağı muhakkaktır²⁶⁴.

Ancak bireylerin, terör örgütlerinin eylemlerinden dolayı uğradıkları zararlarda idarenin sorumlu tutulup tutulamayacağı, tutulacaksa bunun hangi ilkeye dayanacağı tartışmalıdır²⁶⁵. Bu soruna Danıştay da çözüm bulamamış, sosyal risk ilkesini temellendirememiştir.

Ülkemizde 1980lerden sonra başlayan yoğun terör olaylarından büyük zararların doğmasıyla Danıştay da içtihat değişikliğine gitmiştir.

a. 1990 Öncesi Danıştay İçtihatları

1990 öncesinde Danıştay, terör eylemlerinden doğan zararlarda idarenin sorumluluğunun kaynağını hizmet kusurunda aramıştır:

²⁶² Danıştay 10. D. 17.05.1982 tr. ve E.1982/2823, K.1982/1321 sy. Kararı, Armağan, **a.g.e.**, s.170, 171; benzer kararlara için bkz. Armağan, **a.g.e.**, s.167- 172.

²⁶³ Çağlayan, **a.g.e.**, s. 317, 318.

²⁶⁴ Aslan, **a.g.m.**, s.229, 230.

²⁶⁵ Aslan, **a.g.m.**, s. 229–235.

“Toplumdaki tüm bireylerin davranışlarının idarece denetlenmesine olanak bulunmadığı gibi kişilerin suç niteliğindeki hareketlerinden dolayı önceden bir ihbar veya olası bir durumdan haberdar edilmeme suretiyle idarenin bilgisi dışında meydana gelen zararlardan idarenin sorumlu tutulmayacağı belirtilerek” ,

kimliği bilinmeyen kişilerce bir lokale yapılan saldırıda meydana gelen maddi zararın tazmini ile ilgili davayı reddetmiştir²⁶⁶.

Danıştay başka bir kararında da sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için *toplumsal bir ayaklanma, kargaşa veya savaş nedeniyle* zararın doğmuş olmasını arayarak failinin belirlenemediği, davacının evine patlayıcı madde atılması olayında tazminat istemini reddetmiştir²⁶⁷. Zira Danıştay, sonraki tarihli bir kararında da sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için eylemin terör örgütünce gerçekleştirildiğinin ortaya konulmasını şart koşmuş, bunun kanıtlanamaması halini toplumsal bir risk olarak görmemiştir²⁶⁸. Danıştay bu kararları ile faili meçhul olaylarla terör eylemleri arasında toplumsal riski gerçekleştirmeleri konusunda sıralamaya giderek yeknesak bir uygulamadan uzaklaşmıştır²⁶⁹.

1990 öncesi dönemde kitle hareketlerinden ve terör olaylarından doğan zararlarda hizmet kusurunu arayan Danıştay’ın bu içtihatlarına alternatif olarak Duran, *“kusur karinesi”* nin benimsenmesi gerektiğini ileri sürmüştür²⁷⁰. Ancak doktrinde bu görüş eleştirilmiştir. Azrak’a göre kusur karinesinin kullanılması, sosyal risk uygulamasına bir sınır getirmeyeceği gibi sorumluluğun esasını açıklamayı güçleştirecek ve bazı karışıklıklar yaratabilecektir. Azrak’a göre sosyal risk, toplumsal dayanışma temeline dayanan ve imkân ve fırsat eşitliği esasına göre temellendirilen bir kusursuz sorumluluk ilkesidir²⁷¹.

²⁶⁶ Danıştay 12. D. 21.06.1979 tr. ve E.1977/3205, K.1979/2742 sy. Kararı, **DAN-DER**, Y.10, S.36- 37, s.607, Özgüldür, **a.g.e.**, s.94.

²⁶⁷ Danıştay 12. D. 10.02.1981 tr. ve E.1979/1567, K.1981/203 sy. Kararı, **DAN- DER**, S.44- 45, s.534, Çağlayan, **a.g.e.**, s. 322, 323.

²⁶⁸ Danıştay 10.D. 25.02.2003 tr. ve E.2001/257, K.2003/702 sy. Kararı, **DAN- KAR- DER**, S.2, DBB.

²⁶⁹ Aslan, **a.g.m.**, s.235.

²⁷⁰ Duran, **a.g.e.**, s.43.

²⁷¹ Azrak, **a.g.m.**, s.138- 142.

b. 1990 Sonrası Danıştay İçtihatları

1980lerden sonra şiddetini arttıran terör eylemlerinin etkisiyle Danıştay da içtihadını değiştirme gereği duymuş ve idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmetmeye başlamıştır.

Kararlarında idarenin sorumluluğunu Anayasa m. 2 ve 125'e atıf yaparak temellendiren Danıştay, sorumluluğun çeşitlerini de hizmet kusuru ve illiyet bağının varlığı halinde de kusursuz sorumluluk olarak belirlemiştir.

“...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 ilke, öğretide ve yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir...”²⁷²

İllyet bağı aramadan sosyal risk ilkesini esas alarak idarenin sorumluluğuna hükmeden Danıştay, bu ilkeyi terör eylemlerinden doğan zararlar için uygulamaktadır:

“...Ülkemizin belli bir yöresinde yoğunlaşan terör eylemlerinin 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, terör eylemlerine her hangi bir şekilde katılmamış olan kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu değil toplum içinde ortaya çıkan bu olaylardan zarar görmektedirler... Esasen terör olayları sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini böylece topluma pay

²⁷² Danıştay 10.D. 11.10.2000 tr. ve E.1999/2162, K.2000/5120 sy. Kararı, DBB; Danıştay 10.D. 05.12.2001 tr. ve E.2000/4997, K.2001/4435 sy. Kararı, Yahya Şahin, Yakup Bal, **Tazminat Davaları İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Birinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2003, s. 565- 567.

*edilmesi hakkaniyet gereği olduğu gibi sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir...*²⁷³

Terör eylemlerine katılmamak kaydıyla zarara uğrayan kişilerin zararını, tüm topluma pay etme amacıyla Danıştay'ın kolektif sorumluluk esasına dayanması doktrinde eleştirilmiştir. “*Kolektif sorumluluk anlayışı*”nın açıklanmaya muhtaç olduğunu belirten Akyılmaz, idarenin her türlü sorumluluk hallerinde zaten zararın tüm topluma pay edildiğini belirterek bunun sosyal risk ilkesinin belirleyicisi olamayacağını haklı olarak savunmuştur²⁷⁴.

Danıştay'ın 1990 sonrasında sosyal risk ilkesine dayandığı kararların ortak noktasından biri de “*ülkemizin belli bir yöresinde yoğunlaşan terör eylemleri*”dir. Ancak ülkenin belli yöresinde dışında kalan bölgelerde meydana gelen terör olayları hakkında da sosyal risk ilkesine dayandığına rastlamaktayız²⁷⁵.

(1) Kararlarda Hizmet Kusuru Tartışması

Vatandaşların can ve mal güvenliğinin sağlanması ve terörsüz bir toplum düzeninin oluşturulması, devletin en başta gelen görevlerindendir. Devlet, terörü engelleyemiyorsa; hizmetin kötü işlemesi veya hiç işlememesi anlamında hizmet kusuru oluşturacağı muhakkaktır. Bu nedenledir ki terör ve terörle mücadeleden doğan zararların karşılanmasında başvurulacak sosyal risk ilkesi, sadece kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmemelidir²⁷⁶.

Tazmini istenilen zararda, “*olayın oluşumu ve zararın niteliğinin irdelenip idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin ya da daha ayrı bir anlayış ve amaçtan*

²⁷³ Danıştay 10.D. 11.10.2000 tr. ve E.1999/2162, K.2000/5120 sy. Kararı, DBB; Danıştay 10.D. 05.12.2001 tr. ve E.2000/4997, K.2001/4435 sy. Kararı; Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.565- 567.

²⁷⁴ Akyılmaz, **Sosyal Risk**, (Çevrimiçi) s.8, (22.03.2010).

²⁷⁵ Mustafa Köksal, “Sosyal Risk İlkesi Tarih mi Oluyor?” **Terazi Hukuk Dergisi**, Y.5, S.42, Şubat 2010, s.98; Danıştay 10. D. 14.01.2004 tr. ve E.2002/366, K.2004/162 sy. Kararı, DBB; Danıştay 10. D. 06.02.1996 tr. ve E.1994/7489, K.1996/347 sy. Kararı, Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.602, 603.

²⁷⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 332, 333.

*kaynaklanan sosyal risk ilkesinin*²⁷⁷ uygulanabilirliği incelenmelidir. Kararda hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğa yer veremeyecek olan mahkeme, sorumluluğun sebebini de açıkça belirtmelidir.

Bireylerin can ve mal güvenliğini korumakla görevli olan idare, bu hizmetini *“gereği gibi yerine getirmek, hizmetin işleyişi ve yerine getirilişi sırasında gerekli teşkilatı kurmak, her türlü araç ve olanağı hizmete hazır bulundurmak ve doğması olası olayların önlenmesi ve anında bertaraf edilmesi için gerekli önlemleri”* almakla yükümlüdür. Aksi halde *“önceden başvuruda da bulunulduğu halde meydana gelmesi kuvvetle olası olayın önlenmesi için gerekli önlemleri almadığı, gerekli imkân ve aracı temin ederek hazır bulundurmadığı anlaşılan İdarenin hizmet kusuru açık”*²⁷⁸. Buna göre gerekli önlemlerin alınmaması, imkân ve aracın hazır bulundurulmaması, idare için hizmet kusuru oluştururken, güvenliğin sağlanması için önceden başvurulması ise hizmet kusurunun kanıtlanmasını destekler niteliktedir²⁷⁹.

Ülkemizde uzun yıllardır yaşanan terör olaylarında hiçbir kusuru olmayan masum insanların gördüğü zararların onlar üzerinde bırakılmaması; olaylardan etkilenenlerin zararlarının tazmini için bir de idarenin hizmet kusurunu kanıtlamakla uğraşmamaları için sosyal risk ilkesi kusursuz sorumluluğa kaydırılmıştır. Kusursuz sorumluluk gereğince idarenin kusuru kanıtlanmadan zarar, daha kolay ve hızlı bir şekilde tazmin edilecektir²⁸⁰.

Danıştay, sosyal risk ilkesinde hizmet kusurunun yerini net olarak belirleyememiş ve benzer olaylarda farklı sonuçlara varmıştır. Demir cevheri üretimi yapan şantiyedeki üretim araçlarının teröristlerce yakılmasını, *“devletin ve ülkenin bütünlüğüne yönelik yaygın terör faaliyetlerinin bir parçası”*²⁸¹ olarak sosyal risk kapsamında değerlendiren Danıştay, bir ticarethanenin kimliği belirsiz kişilerce yakılması olayında *“davacının önceden herhangi bir*

²⁷⁷ Danıştay 10.D. 25.02.2003 tr. ve E.2001/4795, K.2003/696 sy. Kararı, **DAN- KAR- DER**, S.1, DBB; Danıştay 10.D. 10.07.2001 tr. ve E.1999/3051, K.2001/2817 sy. Kararı, Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.621,622.

²⁷⁸ Danıştay 10.D. 10.04.1996 tr. ve E.1995/53, K.1996/1913 sy. Kararı, **DAN- DER** S.92, DBB.

²⁷⁹ Akyılmaz, **Sosyal Risk**, (Çevrimiçi) s.10, (25.03.2010).

²⁸⁰ Akyılmaz, **Sosyal Risk**, (Çevrimiçi) s.10,11, (25.03.2010).

²⁸¹ Danıştay 10.D. 09.03.1998 tr. ve E.1996/7481, K.1998/1051 sy. Kararı, aynı yönde Danıştay 10.D. 09.12.1996 tr. ve E.1995/7425, K.1996/8105 sy. Kararı, Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.584- 585, 598–599.

*koruma talebi ve ihbarda bulunmadığı ve zararlar kolluk hizmeti arasında nedensellik bağının olmadığı*²⁸² gerekçesiyle tazminat istemli davayı reddetmiştir.

Danıştay, objektif bir ölçüt koymadan “*toplumsal riskin gerçekleşmesi niteliği bulunmadığını*” kabul ettiği bazı terör olaylarını ise “*münferit terör eylemleri* olarak nitelendirip bu durumları *idarenin örgütlenme ve genel güvenlik hizmetlerinde kusuru saptanmadıkça, beklenmeyen hal*” olarak kabul etmekte ve böylelikle idarenin sorumluluğunun ortadan kalktığını belirtmektedir²⁸³.

(2) Kararlarda Kamu Görevlilerinin Uğradıkları Zararlar

Kamu görevlileri de görevleri sebebiyle terör eylemlerinden ve terörle mücadeleden etkilenebilmektedirler.

Görevleri başındayken teröristlerce öldürülen kamu görevlilerinin yakınlarının zararları, sosyal risk ilkesine göre tazmin edilmiştir. İlköğretim müfettişinin teröristlerce kaçırılıp öldürülmesi olayında “*İdarenin hizmet kusuru olmasa da olağanüstü hallerin yürürlükte olduğu bir zaman ve yerde ortaya çıkan olağandışı zararların sosyal risk ilkesine göre tazmin edilmesi*”²⁸⁴ kararını Danıştay da onamıştır.

Başka bir olayda ise Danıştay, davacılar murisinin Atina Büyükelçiliğinde müsteşar olarak görev yaptığı sırada görev yerine giderken teröristlerce öldürülmesinde, müsteşarın terör örgütü listelerinde hedef gösterilmesine

²⁸² Danıştay 10.D. 17.11.1998 tr. ve E.1997/1717, K.1998/5836 sy. Kararı, aynı yönde Danıştay 10.D. 26.03.1998 tr. ve E.1996/2965, K.1998/1300 sy. Kararı Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.630- 631, 633–634.

²⁸³ “... Ankara ili Necatibey Caddesinde bulunan Diyanet İşleri Başkanlığı yayınevinde meydana gelen patlama...” hakkındaki Danıştay 10.D. 28.10.1998 tr. ve E.1996/9798, K.1998/5505 sy. Kararı, Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.631- 633.

²⁸⁴ Danıştay 10.D. 11.12.1995 tr. ve E.1994/6404, K.1995/6411 sy. Kararı, Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.610- 612.

rağmen zırhlı aracın kullanıma elverişli olmadığı gerekçesiyle önceliği hizmet kusuruna vermiştir²⁸⁵.

Güvenlik güçlerinin terörist gruplarla mücadele etmesi, genel güvenliğin ve düzenin sağlanması adına görevlerinin bir parçasıdır. Teröristlerin silahlı baskınına hedef olan veya teröristlerle girilen silahlı çatışmalarda hayatını kaybeden güvenlik görevlileri için de hizmet kusuru veya mesleki risk ilkesine göre ölüm olayı nedeniyle desteğini kaybedenlerin maddi ve manevi zararları tazmin edilecektir. Ancak bu tazmin sürecinde prim ödemek suretiyle kapsamına girilen sosyal güvenlik sisteminin doğal sonucu bağlanan aylıklar hariç olmak üzere vazife malullüğüne istinaden ödenen tazminatlar (örneğin 2330 sy. Kanuna göre ödenenler), idarece ödenecek tazminatın hesaplanmasında dikkate alınır²⁸⁶.

(3) Kararlarda Köy Boşaltmalar

Terör olayları nedeniyle insanlar, can ve mal güvenlikleri sağlanamadığı gerekçesiyle bulundukları yerleri ya idarenin talimatıyla ya da kendi istekleri üzerine terk etmek zorunda kalmışlardır. Yıllarca güvenlik sağlanamaması nedeniyle köylerine dönemeyen insanlar, malvarlıkları üzerinde tasarrufta bulunamadıkları için hem maddi hem de manevi zarara uğramışlardır.

İdarenin öncelikli görevlerinden olmasına rağmen bir bölgede yıllarca güvenliği sağlayamaması nedeniyle kişilerin uğradıkları zararları Danıştay, sosyal risk ilkesine göre tazmin yoluna gitmiştir. “... *davacının yerleşim yerini idarenin isteği veya talimatıyla değil, terörden dolayı güvenliğin sağlanamaması sebebiyle terk etmek zorunda kaldığı*” durumlarda “*davalı idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmasa bile ... uğradığı bireysel*

²⁸⁵ Danıştay 10.D. 28.11.1996 tr. ve E.1996/3423, K.1996/7973 sy. Kararı, Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.689-691.

²⁸⁶ Danıştay 10.D. 29.03.2001 tr. ve E.1998/6920, K.2001/1207 sy. Kararı, Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.655-657; Danıştay 10.D. 28.05.1998 tr. ve E.1996/10146, K.1998/2344 sy. Kararı, DBB.

ve gerçek zararın ... davalı idarece sosyal risk ilkesine göre tazmin edilmesi”²⁸⁷ sonucuna ulaşılmıştır.

Danıştay, zarar miktarından ev ve ahır gibi yerlerde bölgenin fiziki özelliklerine göre de oluşabilecek yıpranma payını düşmek suretiyle gerçek zarar miktarını hesaplamıştır²⁸⁸.

Bireylerin bu süreçte tarım ve hayvancılık yapamamaları nedeniyle ürün elde edememesinden doğan kazanç kaybında ise Danıştay, 2577 sy. İYUK m. 13/1 gereğince her yıl için idareye başvurulmasını aramaktadır:

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

İdari eylemlerde, meydana gelen zararın tazmini sürecinde zarardan idareyi haberdar etmek, idarenin tutumunu saptamak amacıyla ön karara gereksinim duyulmuştur²⁸⁹. İdari eylemlerden doğan tam yargı davalarının ön koşulu olarak kabul edilen ön kararlarla davacı sonuç alamazsa dava açarak hakkını aramaya devam edecektir.

“Tarla ve çayırılık alandan ürün elde edilememesinden doğan kazanç kaybının en geç o yılın hasat mevsiminde öğrenilebileceğini” kabul eden Danıştay, her yıl için idareye ön karar başvurusu yapılmadığı takdirde, idareye süresi içinde başvuru yapılmaması nedeniyle geçmiş yıllara ait zarar tazmini taleplerini reddetmektedir²⁹⁰.

²⁸⁷ Danıştay 10.D. 05.12.2001 tr. ve E.2000/4997, K.2001/4435 sy. Kararı, Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.565-567.

²⁸⁸ Danıştay 10.D. 11.10.2000 tr. ve E.1999/2162, K.2000/5120 sy. Kararı, Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.569-572.

²⁸⁹ Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s.267, 268.

²⁹⁰ Danıştay 10.D. 11.10.2000 tr. ve E.1999/2162, K.2000/5120 sy. Kararı, Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.569-572.

(4) Kararlarda Maddi Tazminat

Son dönemlerde ülkemiz çok yoğun olarak yaşadığı terör eylemlerinden çok büyük zararlarla karşılaşmaktadır. Terör eylemleri yoğunluğunu ülkemizin bir bölgesinde hissettirse de ülkemizin tamamında vatandaşlarımız hem terör eylemlerinden hem de terörle mücadele faaliyetleri dolayısıyla maddi ve manevi zarar görmektedirler. Terör nedeniyle desteklerini kaybedenler, geçim kaynakları yok olanlar, evlerini, köylerini terk etmek zorunda kalanlar olduğu gibi, hayvanları kaçırılanlar, tankeri yakılan şirketler de olmaktadır. Malvarlığındaki aktiflerin azalması veya pasiflerin artması olarak tanımladığımız maddi zararda, zararın niteliği önem taşımadan tazmin edilmesi doğrudur. Ancak yerel mahkemelerin “*hayatını idame ettirmesini engelleyecek nitelikte bir zarara uğramadığı*” gerekçesiyle davacı şirketin yanan tankerinden²⁹¹ doğan zararının ve koyunları kaçırılan davacının²⁹² zararının tazmin edilmesi gereken bir zarar olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmesi yerinde değildir. Nitekim Danıştay da temyiz incelemesi sırasında tazmini gereken zararların, kişinin hayatını alt üst edecek nitelikte olması gerekmediğini belirtmiştir.

Sosyal risk ilkesinde illiyet bağına dayanılmasa da zararı doğuran terör eylemi ve zarar kanıtlanmadıkça idarenin maddi zararları tazmin yükümlülüğü olmayacaktır²⁹³. Terör eylemlerinden kaynaklanan olayların ölümle sonuçlanmasında, terör eylemi ve zarar olay anında taraflarca öğrenilmekle birlikte, zararın sosyal risk kapsamında değerlendirilebilecek bir terör eyleminden kaynaklanıp kaynaklanmadığı çeşitli incelemelerden sonra ortaya çıkabilecektir. Bu gibi durumlarda Danıştay, İYUK m.13’te öngörülen sürenin,

²⁹¹ Danıştay 10.D. 07.05.1998 tr. ve E.1996/8931, K.1998/1950 sy. Kararı, Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.581,582.

²⁹² Danıştay 10.D. 01.10.1998 tr. ve E.1996/9677, K.1998/4696 sy. Kararı, Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.577, 578.

²⁹³ Danıştay 10.D. 10.12.2001 tr. ve E.2000/1980, K.2001/4654 sy. Kararı, Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.568, 569.

tazmini istenen zararın terör eyleminden doğduğunun öğrenildiği tarihten başlayacağına karar vermiştir²⁹⁴.

(5) Kararlarda Manevi Tazminat

Kişinin manevi değerlerinde meydana gelen eksilmenin giderilmesi yönünde bir manevi tatmin aracı olan manevi tazminat, idarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde ölüm ve cismani zararın varlığı veya kişilik hakkının ihlali durumunda ödenirken otomobili bomba ile patlatılan davacı²⁹⁵ örneğinde olduğu gibi mala yönelik zararlarda Danıştay manevi tazminata hükmetmemektedir.

Son dönemlere kadar manevi tazminatın, manevi tatmin aracı niteliğini göz önünde bulundurarak manevi tazminata faiz yürütmeyen²⁹⁶ Danıştay, artık bu içtihadından dönmüştür. Artık *“yargılama sürecinin uzun sürmesi ve ülkemizde yaşanan yüksek enflasyon da dikkate alındığında, manevi tazminata da, tazminat davasının açıldığı günden itibaren”* faiz yürütülmesine karar verilmektedir²⁹⁷.

(6) Kararlarda Terörle Mücadele

Halkın can ve mal güvenliğini sağlamakla görevli olan idare, toplumu terörist faaliyetlerden korumak ve onlarla mücadele etmekle de yükümlüdür. İdare, terörle mücadele ederken güvenlik hizmeti örgütlenmesini düzenleme, istihbari faaliyetlerde bulunma, tatbikat yapma, terör örgütü üyeleriyle çatışmaya girme gibi çeşitli eylemlerde bulunacaktır. Bu faaliyetlerden idarenin hizmetle ilgili kusuru olduğunda hizmet kusuru, faaliyetin kendisinin

²⁹⁴ Danıştay 10.D. 12.12.2005 tr. ve E.2004/446, K.2005/7597 sy. Kararı, **DAN- DER**, S.112, DBB.

²⁹⁵ Danıştay 10.D. 04.03.1998 tr. ve E.1997/3453, K.1998/1003 sy. Kararı, Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.591, 592.

²⁹⁶ Danıştay 10.D. 05.02.1998 tr. ve E.1996/3984, K.1998/545 sy. Kararı, Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.588- 590.

²⁹⁷ Danıştay İDDK, 16.06.2005 tr. ve E.2003/591, K.2005/2154 sy. Kararı, DBB.

bünyesinde risk taşıması durumunda risk ilkesi gereğince kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanacaktır. Ancak Danıştay'ın bir kararında da değindiği gibi jandarmanın atış talimlerinde kullandığı izli mermilerden çıktığı ileri sürülen yangında idarenin bir hizmet kusuru bulunmadığı ve oluşan zarar ile idari eylem arasında illiyet bağı kurulabilen bir durum bulunmadığından idarenin kusursuz sorumluluğundan söz etmek de mümkün değildir; *“zira yangının neden kaynaklandığı ya da kimler tarafından çıkarıldığı saptanamamaktadır”*²⁹⁸.

Terörle mücadelede değinilmesi gereken başka bir konuda 3713 sy. Kanunun *“Koruma Tedbirleri”* başlıklı 20. maddesi, *“Yardım”* başlıklı 21. maddesi ve *“Terörden Zarar Gören Diğer Kişilere Yardım”* başlıklı 22. maddesidir.

3713 sy. Kanunun 20. maddesinde *“terörle mücadelede görev veren veya bu görevi ifa eden”* görevliler ile bu sayılan görevliler hakkında Devlet tarafından alınacak koruma tedbirleri düzenlenmiştir. Danıştay da terör eylemlerine maruz kalan ve bu tür eylemlerden özel olarak korunması gereken kişilerin açtığı davalarda bu maddeye dayanarak kararlar vermiştir. Örneğin terörist saldırı sonucunda hayatını kaybeden gazeteci Uğur Mumcu kararında Danıştay, Mumcu'yu *“terör örgütünün açık hedefi haline gelenlerden”* kabul ederek gerekli koruma tedbirlerinin alınmaması nedeniyle idarenin hizmet kusuruna hükmetmiştir²⁹⁹. Terör eylemlerinden doğan zararlarda öncelikli olarak hizmet kusuru araştırmasının yapılması açısından isabetli bulunan bu karar, doktrinde olayda hizmet kusurunun bulunmaması nedeniyle eleştirilmiştir³⁰⁰.

3713 sy. Kanunun 23. maddesinde ise terör eylemlerinden dolayı yaralananların ve can ve mal kaybına uğrayan vatandaşlara Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonundan yardım yapılacağı düzenlenmiştir.

²⁹⁸ Danıştay 10.D. 25.02.2003 tr. ve E.2001/257, K.2003/702 sy. Kararı, **DAN- KAR- DER**, S.2, DBB.

²⁹⁹ Danıştay 10. D. 18.03.1998 tr. ve E.1996/10292, K.1998/1190 sy. Kararı, DBB.

³⁰⁰ Çağlayan, **a.g.e.**, s.328, 329.

c. 2005 Sonrası Danıştay İçtihatları

Danıştay'ın son yıllarda verdiği kararları incelediğimizde ise terör eylemleri ve terörle mücadele faaliyetleri çerçevesinde gerçekleştirilen eylemlerden doğan zararlarda sosyal risk ilkesini kullanmaktan çekindiğini görmekteyiz. Danıştay, sosyal risk ilkesi yerine hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkelerine dayanmaktadır.

Danıştay, 1990 sonrasında uygulamaya başladığı sosyal risk ilkesinin kapsamını daraltmış; yerleşim yerlerine uzak yerlerdeki terörist saldırılar, teröristlerce döşenen mayınların patlaması ve terör eylemleri nedeniyle meydana gelen göçlerde sosyal risk ilkesine dayanmıştır³⁰¹.

İdarenin görev ve sorumluluklarının artması, hizmet kusurunun da önemini arttırmış ve sosyal risk ilkesi de yerini hizmet kusuruna bırakmaya başlamıştır. Özellikle insanların sürekli kullanımında bulunan alanlarla yerleşim yerlerine yakın yerlerde güvenlik hizmetinin kötü veya geç işlemesi ile hiç işlememesine dayanılmıştır. Halkın kullanımına açık yerlerin terörle mücadelede kullanılan mayın, lav roketi, bomba gibi patlayıcı maddelerden arındırılmaması nedeniyle meydana gelen zararlarda, idarenin sorumluluğu hizmet kusuru ilkesine dayandırılmaktadır³⁰².

Çöplükte bulunan patlayıcı madde hurdasının çocuklarca atılması sonucunda meydana gelen patlama olayında³⁰³ olduğu gibi *patlayıcı maddenin TSK ve Emniyet Genel Müdürlüğü envanterinde mevcut olduğu, aynı zamanda terör örgütü mensuplarınca da kullanılmasında* insanların sürekli kullanımına açık yerlerde patlamamış bombanın bulunması hizmetin kötü işlemesi olarak değerlendirilmiştir³⁰⁴.

³⁰¹ Köksal, **Sosyal Risk İlkesi**, s.99- 103.

³⁰² Köksal, **Sosyal Risk İlkesi**, s.103.

³⁰³ Danıştay 10.D. 17.10.2006 tr. ve E.2003/5937, K.2006/5734 sy. Kararı, Köksal, **Sosyal Risk İlkesi**, s.100.

³⁰⁴ Aynı yönde, Danıştay 10.D. 22.05.2009 tr. ve E.2006/7309, K.2009/4696 sy. Kararı, Köksal, **Sosyal Risk İlkesi**, s.103. Danıştay 10.D. 15.10.2007 tr. ve E.2005/8677, K.2007/4678 sy. Kararı, Köksal, **Sosyal Risk İlkesi**, s.100.

Özellikle yerleşim yerlerinin, terörle mücadele faaliyetlerinde kullanılan veya terör eylemlerinden kalan tehlikeli maddelerden temizleme ve çevreyi güvenli halde bulundurma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, idareye hizmet kusuru yüklemektedir³⁰⁵.

Bölücü terör örgütüne mensup teröristlerle güvenlik görevlileri arasında çıkan çatışmada, evinin damında yatmakta olan şahsın ölümüne neden olunması olayında ise *idarenin hizmet kusuru saptanamamış ancak zararlar idari eylem arasında nedensellik bağı bulunduğu açık olduğundan, açılan tam yargı davasında mahkemece, kusursuz sorumluluk ilkesine göre hüküm kurulması gerekirken, sosyal risk ilkesine dayanılarak kurulan hükmü Danıştay doğru bulmamıştır*³⁰⁶.

3. AYİM Kararlarında Terörle Mücadele ve Sosyal Risk

AYİM kuruluşundan itibaren hem hizmet kusuru ilkesini hem de kusursuz sorumluluk ilkesini kararlarında sıkça kullanarak idarenin sorumluluğu ilkesinin geliştirilmesine katkıda bulunmuştur. Özellikle askeri hizmetin bünyesinden kaynaklanan özelliği gereğince kusursuz sorumluluk ilkesinin olaylarda uygulanma kabiliyeti oldukça yüksek olmuştur³⁰⁷.

AYİM kurulduktan sonraki ilk yıllarda, sosyal risk ilkesini şu şekilde değerlendirmiştir:

“...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

³⁰⁵ Danıştay 10.D. 15.10.2007 tr. ve E.2005/8677, K.2007/4678 sy. Kararı, Köksal, **Sosyal Risk İlkesi**, s.100.

³⁰⁶ Danıştay 10.D. 29.01.2007 tr. ve E.2004/7285, K.2007/212 sy. Kararı, **DAN- DER**, S. 115, DBB.

³⁰⁷ Özgüldür, **a.g.e.**, s.224- 242.

*yansıtılması ile olayda kusuru olmayan şahsın zararı karşılanmış olur...*³⁰⁸

AYİM, sosyal risk ilkesiyle ilgili olarak bu ölçüyü koymasına rağmen uygulaması farklı yönde olmuştur. Kimi zaman mesleki risk ilkesinin uygulanması gereken olaylarda sosyal risk ilkesini uygulamış, kimi zaman da risk ilkesinin uygulanması gereken durumlarda kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine yer vermiştir³⁰⁹.

Terör eylemlerine karşı idarenin yürüttüğü mücadele sırasında çıkan çatışmaların, savaş hali olmadığı ve bu anlamda mücbir sebep olarak nitelendirilemeyeceğini belirten AYİM, bu tür olaylardan kaynaklanan özel ve anormal nitelikli zararların kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine göre tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir³¹⁰.

Danıştay uygulamasından yine farklı olarak AYİM; illiyet bağının olmadığı durumlarda sosyal risk ilkesine hükmetmek yerine illiyet bağını geniş yorumlamıştır. Zarar ile yürütülen kamu hizmeti arasında bir ilişki bulunmasa da illiyet bağının var olabileceğini kabul eden AYİM, hem görev sırasındaki zararlarda hem de zarara uğrayanın kamu görevlisi sıfatı nedeniyle meydana gelen zararlarda illiyet bağının kesilmeyeceğini kabul etmiştir³¹¹. Zararın, zarar görenin kamu yararı uğruna katlandığı kamusal yükümlülüğünden değil doğrudan taşınan resmi sıfatın getirdiği bir riskten kaynaklanmasından dolayı kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanılması eleştirilmiştir³¹².

AYİM’de görülmekte olan davalarda dava konusu edilen zararlar, daha çok güvenlik kamu hizmetinin yürütülmesinde görevli silahlı kuvvetler

³⁰⁸ AYİM 3.D. 14.12.1976 tr. ve E.1976/1808, K.1976/7516 sy. Kararı, Özgüldür, **a.g.e.**, s.241.

³⁰⁹ Bkz. Özgüldür, **a.g.e.**, s.241- 243; Çağlayan, **a.g.e.**, s.332- 335; Akyılmaz, **Sosyal Risk**, (Çevrimiçi) s.11- 15, (02.04.2010).

³¹⁰ AYİM 2.D. 28.06.1995 tr. ve E.1994/1587, K.1995/578 sy. Kararı, **AYİM Dergisi**, N.10, (Çevrim içi) http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=1052&ctg=000002000030000002000011 (02.04.2010). Aynı yönde kararlar için bkz. Murat Yaman, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları” **AYİM Dergisi**, N.18, (Çevrim içi) http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=54 (02.04.2010).

³¹¹ AYİM 2.D. 09.04.1997 tr. ve E.1996/554, K.1997/303 sy. Kararı, **AYİM Dergisi**, N.13, (Çevrim içi) http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2102&ctg=000002000030000002000011 (02.04.2010).

³¹² Akyılmaz, **Sosyal Risk**, (Çevrimiçi) s.13, 14, (02.04.2010).

mensuplarının ve idare ajanlarının maruz kaldığı zararlar olması nedeniyle mesleki risk ilkesinin; zararın, hizmetin bünyesinde taşıdığı tehlikeden kaynaklandığı durumlarda da risk ilkesinin öncelikli uygulanması yerinde olacaktır.

II. TERÖR VE TERÖRLE MÜCADELEDEN DOĞAN ZARARLARIN KARŞILANMASI HAKKINDA KANUNUN GETİRDİĞİ SİSTEM

A. 5233 Sayılı Kanunun Hazırlanmasına Götüren Süreç

Ülkemiz son otuz yılda özellikle bölücü terör eylemlerinin hedefi olmuş ve çok büyük can ve mal kayıpları yaşamıştır. Terör eylemlerinden zarar gören vatandaşlarımız için yargı yerleri, kanuni düzenlemelerdeki eksikliklere rağmen içtihatlarında çıkış yolu olarak sosyal risk ilkesini uygulamıştır.

Ülkemizdeki iç hukuk yollarını tüketmeden haklarını AİHM’de arayan vatandaşlarımızın sayısının hızla artması ve mahkemenin de ülkemiz aleyhine art arda ihlal kararları vermesi, devleti harekete geçirerek kanuni düzenleme yapılmasını zorunla hale getirmiştir.

İnsan hakları ile temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi amacına yönelik olarak Avrupa Konseyi üyesi devletlerce hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 04.12.1950 tarihinde imzalanmıştır. Türkiye ise sözleşmeyi 10.03.1954’te imzalamış, bireysel başvuru hakkını ise 28.01.1987 tarihinde tanımıştır.

AİHS’nin 35. maddesine göre bireyler, mahkemeye “...*ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra...*” başvurabilirler. Ülkemizde yaşanan terör olaylarında vatandaşlarımız bu kuralı göz ardı ederek iç hukuk yollarına başvurmadan mahkemeye doğrudan başvuruda bulunmuşlardır. Mahkeme de bu başvuruları Türkiye’de etkin başvuru yollarının ve etkin düzenlemelerin olmaması gerekçesiyle kabul etmiştir. Bu davalarda Türkiye, iç hukuk

yollarının tüketilmediği def'inde bulunsa da mahkeme, ihlal kararları vermiştir³¹³.

Mahkemenin ihlal kararları vermesi ve çok sayıda dosyanın da incelenerek olması üzerine 2004 yılında Terör Ve Terörden Mücadeleden Doğan Zararların Giderilmesi Hakkında Kanun Tasarısı hazırlanmıştır.

B. 5233 Sayılı Kanunun Amacı

Terör eylemleri ve terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin maddi zararlarının karşılanması amacıyla sosyal risk ilkesi temel alınarak hazırlanan 5233 sy. Terör Ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun 17.07.2004 tarihinde TBMM'de kabul edilmiştir³¹⁴. Daha sonra Kanunda 5542 sayılı Kanun'la³¹⁵, 5562 sy. Kanun'la³¹⁶ ve 5666 sy. Kanun'la³¹⁷ değişiklikler yapılmıştır. 5233 sy. Kanunun 17. maddesine istinaden de Bakanlar Kurulunun 2004/7955 sy. kararıyla Terör Ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Yönetmelik yürürlüğe konmuştur³¹⁸.

Kanunun gerekçesinde Danıştay içtihatlarına paralel olarak belirtildiği üzere devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçlayan terör eylemlerinde kişiler, sadece bu toplumun bir üyesi olmaları nedeniyle zarar görmektedirler. Bu zararın da masum insanlar üzerinde bırakılmaması da hak ve nesafet ilkelerinin bir sonucudur. Terörle mücadelede askeri mücadelenin yeterli olmadığı gerçeği karşısında devletin de bu konuda tedbirler almasının devlete

³¹³ Tulga Uyar, "5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun", **Polis Dergisi**, S.41, (Çevrim içi) http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/41/web/diger/Tulga_UYAR.htm (14.03.10).

³¹⁴ RG. 27.07.2004, S. 25535.

³¹⁵ 5542 sy. Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 03.01.2006, S. 26042.

³¹⁶ 5562 sy. Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 16.12.2006, S. 26378.

³¹⁷ 5666 sy. Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 30.05.2007, sy. 26537.

³¹⁸ RG:20.10.2004, S:25619.

olan güveni pekiştireceği ve terörle mücadele ile toplumsal barışa katkı sağlayacağı da Genel Gerekçede vurgulanmıştır³¹⁹.

Kanunun 1. maddesinde amacı “*terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemek*” olarak tarif edilmiştir. Kanunla terör eylemleri ve terörle mücadele faaliyetlerinden zarar gören gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin maddi zararlarının, yargı yoluna başvurmadan idarece en kısa sürede ve sulhen giderilmesi amaçlanmıştır.

Kanunun amacında da belirtildiği gibi kanunun kapsamına sadece maddi zararlar alınmıştır. Oysa can ve mal kaybına uğrayan kişilerin, acı, elem ve üzüntü duyacakları ve manevi zarara uğrayacakları da bir gerçektir. Kanun koyucunun bu konuda duyarsız davranması ve ileride inceleyeceğimiz üzere de mahkemelerin açılan davalarda çeşitli gerekçelerle, talep edilen manevi tazminatları reddetmesi üzerine Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunda bulunulmuştur. Kanunun 1, 2/1 ve 7/c maddelerinde yer alan “...*maddi*...” kelimesinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Elazığ İdare Mahkemesinin yaptığı itiraz başvurusunu mahkeme reddetmiştir³²⁰.

C. 5233 Sayılı Kanunun Kapsamı

Kanunun “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde, 3713 sy. Terörle Mücadele Kanununa atıf yapılarak kanunun kapsamına alınan terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararlarının sulhen karşılanacağı düzenlenmiştir.

5233 sy. Kanunla ortaya çıkan zararın, dava süreci izlenip zaman kaybetmeden sulh yoluyla giderilmesine ilişkin usul ve esaslar hüküm altına alınmıştır. Hukuk terminolojisinde “*iki tarafın karşılıklı istekleriyle var olan bir*

³¹⁹ Gerekçe metni için bkz. TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:650.

³²⁰ Anayasa Mahkemesi, 25.06.2009 tr. ve E.2006/79, K.2009/97 sy. Kararı, **RG**, 13.11.2009, S.27405.

*çekişmeyi ortadan kaldırmaları veya çekişmenin ortaya çıkmasına engel olmaları*³²¹ şeklinde tanımlanan sulh, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konularda ve sadece taraflar arasında yapılabilen bir sözleşmedir. Uyuşmazlığın tarafların rızasıyla çözümünü sağlayan sulh, daha çabuk ve basit şekilde çözüme gidilmesini sağlar.

1. Zararın Kaynağı

İdarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararları tazmin etmesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Toplumda can ve mal güvenliğini sağlamakla görevli olan devlet, terör eylemlerine karşı da gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Ancak her zaman terörist eylemlerden haberdar olamayan idarenin bu tür eylemler gerçekleştikten sonra doğan zararları tazmin ederek zararın masum kişiler üzerinde bırakılmaması için sosyal risk ilkesi geliştirilmiştir.

5233 sy. Kanunun da kabul ettiği gibi terör eylemlerinden doğan zararlar için kabul edilen ve zarar ile eylem arasında illiyet bağıını dahi aramayan sosyal risk ilkesinin, terörle mücadelede doğan zararlar hakkında uygulanabilme kabiliyeti yoktur. Zira idarenin terörle mücadele çerçevesinde yürüttüğü faaliyetler, idarenin işlem veya eylemi niteliğini taşımaktadır. İdarenin bu kapsamda tesis ettiği işlem ve yürüttüğü eylem sonucunda meydana gelen zararlar, hem hizmet kusuru hem de kusursuz sorumluluk ilkelerince dava konusu edilebilecektir. Ancak terörle mücadele faaliyetlerinden doğan zararları da kapsamına alan Kanun, kişilere dava yoluna başvurmada zararlarını sulh yoluyla tazmin etme imkânı sağlamakla sosyal bir işlev üstlenmiştir³²².

a. Zarara Neden Olan Eylemler

³²¹ Yılmaz, a.g.e., s.1127.

³²² Aslan, a.g.m., s.237.

5233 sy. Kanun ile “3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1 inci, 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamına giren eylemler veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle” doğan zararların karşılanması amaçlanmıştır(m.2/1). Yani kanunla, hem terör eylemleri hem de terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler sonucunda doğan maddi zararlar karşılanacaktır. Kanun, daha önce de değindiğimiz, 3713 sy. TMK’ nın terörün tanımının yapıldığı 1. madde, terör suçlarının sayıldığı 3. madde ve terör amacı ile işlenen suçların sıralandığı 4. maddeye atıf yaparak tazmin edilecek zarara neden olan eylemleri belirlemiştir. Zararın 5233 sy. Kanuna göre sulhen tazmin edilebilmesi için zararın “terör eyleminden” veya terörle mücadele faaliyetlerinden doğduğunun tartışmasız bir şekilde ortaya konması gerekmektedir³²³.

3713 sy. TMK m.3’te yer verilen suçlar 5237sy. Türk Ceza Kanununa göre güncellenerek, maddede hangi suçların terör suçu olarak kabul edileceği sayılmıştır. Bu suçlar: Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (TCK m.302), Askeri tesisleri tahrip ve düşman askeri hareketleri yararına anlaşma (TCK m.307), Anayasayı ihlal (TCK m.309), Yasama organına karşı suç (TCK m.311), Hükümete karşı suç (TCK m.312), Türkiye Cumhuriyeti hükümetine karşı silahlı isyan (TCK m.313), Silahlı örgüt (TCK m.314), Silah sağlama (TCK m.315), Yabancı hizmetine askere yazma, yazılma (TCK m.320), Cumhurbaşkanına suikast (TCK m.310/1)’tir.

Bazı suçlar ise işleniş amacı ve tarzı itibariyle terör suçu olarak değerlendirilirler. Bu kapsamda yer alan suçlar, uluslararası belgelerde olduğu gibi sayma yöntemiyle TMK m.4’te sıralanmıştır³²⁴. 5237 sy. Türk Ceza Kanunu, 6136 sy. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun, 6831 sy. Orman Kanunu, 4926 sy. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 1982 Anayasasının 120. maddesi, 2863 sy. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma

³²³ Cemil Kaya, “Avrupa Konseyi’ndeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, C.3, N:10, 2007, s.32, (Çevrimiçi) <http://www.usak.org.tr/dosyalar/dergi/Xk7tT2E9hODsSLSJevty8ZQvm81fCf.pdf> , s.8, (04.04.2010).

³²⁴ Özgenç, a.g.e., s.34.

Kanununda yer verilen bazı suçlar, TMK m.4 gereğince diğer şartların da varlığı halinde terör suçu sayılacak ve bunlardan doğan zararlar da 5233 sy. kanun kapsamında sulhen tazmin edilecektir.

b. Kapsam Dışı Bırakılan Zararlar

5233 sy. Kanun, bazı zararları ise doğrudan kapsamı dışında tutmuştur. m.2/2'de sayılan bu zararlar:

a) *Devletçe arazi veya konut tahsisi suretiyle yahut başka bir şekilde karşılanan zararlar.*

b) *Bir mahkeme kararı gereğince veya 4353 sayılı Maliye Vekâleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanunun 30 uncu ve 31 inci maddeleri gereğince karşılanan zararlar.*

c) *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâl edildiği gerekçesiyle Sözleşmenin 41 inci maddesine göre hükmedilen veya Sözleşme hükümleri uyarınca dostane çözüm yoluyla uzlaşılan tazminatın ödenmesi sonucunda karşılanan zararlar.*

d) *Terör dışındaki ekonomik ve sosyal sebeplerle uğranılan zararlar ile güvenlik kaygıları dışında kendi istekleriyle bulundukları yerleri terk edenlerin bu sebeple uğradıkları zararlar.*

e) *Kişilerin kendi kasıtları sonucunda oluşan zararlar.*

f) *3713 sayılı Kanunun 1 inci, 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamındaki suçlar ile terör olaylarında yardım ve yataklık suçlarından mahkûm olanların bu fiillerinden dolayı uğradığı zararlar.*

İkinci fıkranın (f) bendinde yazılı suçlardan dolayı ceza kovuşturması açılmış bulunanlar hakkında kovuşturma sonuçlanıncaya kadar bu Kanuna göre işlem yapılmaz.

Kural olarak devlet tarafından daha önce ödenen tazminatlar ile zararın terörden doğmamış olması veya kişilerin sadece bu eylemlerden etkilenen kişiler olmaması olarak gruplandırabileceğimiz Kanunun kapsamı dışında kalan bu nedenlerden bazıları hakkaniyetli sonuçlar doğurmayacaktır. Bunlardan ilki; ‘d’ bendinde yer alan “güvenlik kaygıları” ifadesidir³²⁵. Zira hukuki nitelik taşımayan ve sınırlarının tespitinde sorunlar yaşatacak olan bu ifade ile kişiler, yaklaşık 20 yıl önce bulundukları yaşam koşullarını kanıtlamak zorunda kalacaklardır ki bu da kanunun özüne ters düşecektir³²⁶.

‘f’ bendinde yer verilen 3713 sy. *TMK m.1, 3 ve 4 kapsamındaki suçlar ile terör olaylarında yardım ve yataklık suçlarından mahkûm olanların bu fiillerinden dolayı uğradığı zararların* tazmin edilmeyeceği yolundaki kuralda “mahkûmiyet” ifadesi yeterli olmamıştır. 5271 sy. Ceza Muhakemeleri Kanununun 223. maddesinde “*beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı*” hüküm olarak sayılmıştır. Buna göre sanıklar hakkında mahkûmiyetten başka verilecek hükümler de vardır. Örneğin dava zamanaşımından dolayı *davanın düşmesi* veya etkin pişmanlık sebebiyle *ceza verilmesine yer olmadığı* hükümlerinin kurulmasıyla haklarında *mahkûmiyet* kararı çıkmayanların, söz konusu fiilleri sebebiyle uğradıkları zararların da kapsam dışında tutulması yerinde olacaktır³²⁷.

2. Zararın Doğduğu Yer

Kanunların mülkiliği ilkesi gereğince, 5233 sy. Kanunda açıkça belirtilmemekle birlikte zararın doğduğu yer açısından Kanunun, Türkiye Cumhuriyeti Devleti sınırları içerisinde doğan zararlar hakkında geçerli olduğu

³²⁵ “...sadece geçici köy korucularının yaşadığı köyün, güvenli bir yerleşim yeri olduğundan bahsedilemeyeceği ve dolayısıyla güvenlik kaygısı nedeniyle köyü terk eden davacının 5233 sayılı Yasa kapsamında uğradığı bir zararı olup olmadığının tespiti ve saptanan zararının tazmini gerektiği...” hakkında Danıştay 10.D. 30.12.2008 tr. ve E.2008/7348, K.2008/9583 sy. Kararı, DBB.

³²⁶ Aslan, **a.g.m.**, s.238.

³²⁷ Köksal, **Terör ve Terörle Mücadele**, s.96.

söylenbilir. Ülkemizde meydana gelen terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarara uğrayan herkes kanundan yararlanabilmektedir

Türk vatandaşlarının yabancı ülkelerde maruz kaldıkları terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamındaki faaliyetlerden dolayı uğradıkları zararlar hakkında ise 5233 sy. Kanunu uygulamak mümkün değildir. Ancak, 5233 sy. Kanununun mantığı ve Geçici 2. maddenin amacına uygun olarak terörle mücadele kapsamında yabancı bir ülkeye yapılan sınır ötesi operasyonlarda zarar gören kamu görevlilerinin zararlarının karşılanması yerinde olacaktır³²⁸.

3. Zararın Ortaya Çıktığı Zaman

5233 sy. Kanun esas olarak, yürürlüğe girdiği tarih olan 27.07.2004 tarihinden sonra doğacak zararları sulhen karşılamayı amaçlamıştır. Kanuna eklenen Geçici 1. ve 2. maddelerle 19.7.1987 tarihinden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar olan zaman diliminde doğmuş zararların da tazminini kapsamaktadır.

Anayasal düzenin ortadan kaldırılmasına yönelik terör eylemlerinin yoğunlaşması üzerine, terör eylemleriyle daha etkili mücadele amacıyla 19.7.1987 tarihinde yürürlüğe giren, 10.7.1987 tarihli ve 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hal Bölge Valiliği kurulmuştur. Kanun Hükmünde Kararname kapsamındaki illerde olağanüstü hal uygulaması 30.11.2002 tarihine kadar sürdürülmüştür. Kanun da olağanüstü halin ilan edildiği tarihi, sınır olarak kabul etmiş ve bu tarihten önce meydana gelen terör eylemlerini kapsamı dışında bırakmıştır. TBMM İçişleri Komisyonu Raporu³²⁹ ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporunda³³⁰ da belirtildiği üzere süre sınırlaması olmaksızın belirlenen bu süre dışında meydana gelen zararların da karşılanması gerekirdi. Zira süre sınırlaması, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil

³²⁸ Kaya, **a.g.m.**, s.33, (Çevrimiçi) s.9, (04.04.2010).

³²⁹ TBMM İçişleri Komisyonu, 10.06.2004 tr. ve E.1/793, K.69 sy. Kararı.

³³⁰ TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu, 13.07.2004 tr. ve E.1/793, K.101 sy. Kararı.

etmektedir³³¹. Ayrıca zararın ne zaman ve nerede doğduğunun belirlenmesi konusunda uygulamada sorunlarla karşılaşılması da kaçınılmaz olacaktır³³².

4. Zararın Muhatabı

5233 sy. Kanunundan kural olarak, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, kısaca herkes yararlanabilir.

Gerçek kişi kapsamında vatandaş veya yabancı ayrımı yapılmaksızın herkes, zararının giderilmesini isteyebilir. Kanun yabancıların zararının giderilmesinde “karşılıklılık esası”nı da aramamıştır³³³.

5233 sy. Kanunun Geçici 1. maddesinde *zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararları*; Geçici 2. maddesinde ise *görevleri başında iken terörden veya terörle mücadele sırasında zarar gören kamu görevlilerinden veya mirasçılarının zararlarının tazmin edilmesi* hüküm altına alınmıştır. Böylelikle kendi personelini koruyamayan onun zararlarını tazmin edemeyen devlet görüntüsü de engellenmektedir.

Türk hukukunda özel hukuk tüzel kişilerine ait temel hükümler, 4721 sy. Türk Medeni Kanunu, 818 sy. Borçlar Kanunu, 6762 sy. Türk Ticaret Kanununda yer almaktadır. Türk hukuk sistemimizde adi şirket, özel hukuk tüzel kişiliğine sahip değildir. Bireylerin ekonomik durumunu da düşündüğümüzde ülkemizde sıkça rastlanan adi şirket uygulamalarının kanunun kapsamı dışında bırakılması da eşitlik ilkesine aykırı olmuştur³³⁴.

³³¹ Köksal, **Terör ve Terörle Mücadele**, s.96.

³³² TBMM İçişleri Komisyonu, 10.06.2004 tr. ve E.1/793, K.69 sy. Kararından.

³³³ 2005 yılının Temmuz ayında Kuşadası(Aydın)’nda bir minibüse konan bombanın patlatılmasıyla meydana gelen terörist saldırıda hayatını kaybeden ve yaralanan Türk ve İngilizler için Terörle Mücadele Komisyonu oluşturulmuş, ancak komisyonun hazırladığı sulhname tasarisını kabul etmeyen mağdur yakınları Aydın İdare Mahkemesinde tam yargı davası açmışlardır. Bu dava sonucunda mağdurlara faizler hariç toplam 2 milyon 190 bin lira tazminat ödenmesine karar verilmiştir. Bkz. (Erişim) <http://www.ntvmsnbc.com/id/25006237/> , (04.04.2010).

³³⁴ Aslan, **a.g.m.**, s.238.

5. Zararın Niteliği

Terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişiler, hem maddi hem de manevi zarara uğramaktadırlar. 5233 sy. Kanun sadece maddi zararları kapsamına almış, manevi zararları ise kapsamı dışında bırakmıştır. Oysa terör eylemleriyle can ve mal kaybına uğrayan, çoğu zaman yerinden olan kişilerin manevi zararları en az maddi zararları kadar çoktur.

a. Manevi Zararın Karşılanmaması Sorunu

Elazığ İdare Mahkemesi, 5233 sy. Kanunun “manevi zararları” kapsam dışı bırakmasının, Anayasa’nın 2., 5., 11., 36., 90. ve 125. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunda bulunmuştur. Mahkeme yaptığı inceleme sonucunda düzenlemelerin Anayasaya aykırı olmadığına ve itirazın reddine oybirliğiyle karar vermiştir³³⁵. Mahkeme, gerekçesinde şu ifadelerle yer vermiştir:

“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 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.”

³³⁵ Anayasa Mahkemesi, 25.06.2009 tr. ve E.2006/79, K.2009/97 sy. Kararı, **RG**, 13.11.2009, S.27405.

Anayasa Mahkemesi, manevi zararlarla ilgili olarak 5233 sy. Kanunu değerlendirmesinde isabetli davranmış, bu tür zararlar için dava açmak suretiyle zararlarının giderilebileceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin 2009 yılında yayınlanan bu kararından önce İdare Mahkemeleri, Anayasa Mahkemesiyle aynı yönde düşünmemişlerdir. Bazı İdare Mahkemeleri, manevi tazminat istemini, manevi tazminatın 5233 sy. Kanun kapsamında olmaması nedeniyle reddetmiş³³⁶; bazıları ise manevi tazminat istemini, kanun kapsamında kabul etmekle birlikte genel hükümler çerçevesinde İYUK m.13 yer alan ön karar sürelerinin geçirildiğinden süreaşımı gerekçesiyle davanın esasını incelemeye geçmemiştir³³⁷. Yerel mahkemelerin farklı yaklaşımlarının giderilmesinde Anayasa Mahkemesinin kararının etkisi zamanla görülecektir.

b. Maddi Zararın Kapsamı

Kişinin malvarlığında isteği dışında meydana gelen azalmayı ifade eden maddi zarar, 5233 sy. Kanunda üç başlık altında toplanmıştır. Kanunun 7. maddesinde “*Karşılanacak Zararlar*” başlığı altında sayılan zararlar:

a) Hayvanlara, ağaçlara, ürünlere ve diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zararlar.

b) Yaralanma, sakatlanma ve ölüm hâllerinde uğranılan zararlar ile tedavi ve cenaze giderleri.

c) Terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddî zararlar.

TESEV’in Ülke İçinde Yerinden Edilme Sorunu ile ilgili raporunda, Kanunun içeriğinin genellikle *yanlış ve eksik anlaşıldığı veya hiç anlaşılmadığı* ortaya konmuştur. Kanunda üç bentte sayılan zararlara rağmen *birçok*

³³⁶ Van İdare Mahkemesi, 13.03.2008 tr. ve E.2006/3473, K.2008/412 sy. Kararı (Yayınlanmamıştır), Köksal, **Terör ve Terörle Mücadele**, s.94, dn.12.

³³⁷ Elazığ İdare Mahkemesi, 14.05.2007 tr. ve E.2007/1205, K.2007/1019 sy. Kararı (Yayınlanmamıştır), Köksal, **Terör ve Terörle Mücadele**, s.95, dn.13.

*mağdur, Kanunun sadece köy boşaltmalarını kapsadığını, ölüm ve yaralamaları karşılamadığını düşünmektedir*³³⁸.

Maddenin birinci bendinde “*hayvanlar, ağaçlar, ürünler ve diğer taşınır ve taşınmazlar*” olarak belirlenen zarar kaleminin içine ev, ağıl, depo, bağ, bahçe, meyve ağaçları, hayvanlar, traktör gibi tüm taşınır ve taşınmazlar dâhil olup kapsamı çok geniş tutulmuştur. Ancak bölgenin dağlık arazi yapısının da katkısıyla bölgede tapu ve kadastro işlemlerinin tamamlanmamış olduğu gerçeği karşısında, taşınmaz malların zilyetliğe dayalı kullanımı yaygındır. Bu nedenle uygulamada da Kanun ve Yönetmelikte tapu senedinin ibrazının kanıt için zorunlu tutulmadığının göz ardı edilmemesi gerekir³³⁹.

Maddenin ikinci bendinde yer alan *yaralanma ve sakatlanma hallerinde uğranılan zararlar ile tedavi giderleri kişinin kendisine; ölüm hâlinde uğranılan zararlar ile tedavi ve cenaze giderleri ise ölenin mirasçılarına* ödenecektir(Kn. m.9).

Maddenin üçüncü bendinde yer alan *kişilerin malvarlıklarına ulaşamamaları nedeniyle uğradıkları zararlar* ise Yerinden Olmuş Kişiler Sorunu başlığı altında tartışmalara sebep olmuştur.

c. Yerinden Olmuş Kişiler Sorunu ve 5233 Sayılı Kanun

Uluslararası hukukta kabul gören tanımına göre ülke içinde yerinden olmuş kişiler; *zorla ya da zorunda kalarak evlerinden veya sürekli yaşamakta oldukları yerlerden, özellikle silahlı çatışmaların etkilerinden, genel olarak şiddet içeren durumlardan, insan hakları ihlallerinden veya doğal ya da insan kaynaklı felaketlerden korunmak için, uluslararası kabul görmüş devlet*

³³⁸TESEV Ülke İçinde Yerinden Edilme Sonrası Vatandaşlık Haklarının Yeniden Tesisi ve Rehabilitasyon Araştırma ve İzleme Grubu, **Türkiye’de Ülke İçinde Yerinden Edilme Sorunu: Tespitler Ve Çözüm Önerileri,** (Çevrimiçi) http://www.tesev.org.tr/UD_OBJS/PDF/DEMP/TESEV_UYE_Grubu_Raporu.pdf , s.15, (14.03.2010).

³³⁹ TESEV Raporu, (Çevrim içi) s. 18, (14.03.2010).

*sınırlarını geçmeksizin kaçan ya da bu yerleri terk eden kişi veya bu kişilerden oluşan gruplardır*³⁴⁰.

Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da Boşaltılan Yerleşim Birimleri Nedeniyle Göç Eden Yurttaşlarımızın Sorunlarının Araştırılarak Alınması Gereken Tedbirlerin Tespit Edilmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporunda göre bu göçün nedenleri şu şekilde sıralanmıştır³⁴¹:

(a) Mera yasağı ve operasyon/çatışma ortamı yüzünden hayvancılık ve tarımın çökmesi; korucu olan köylere PKK tarafından baskı uygulanması; güvenlik güçlerinin koruculuğu kabul etmeyen köylere kuşkuyla yaklaşarak askeri operasyonları bu köylerde yoğunlaştırmaları ve sonuçta bütün bu nedenlerle insanların köylerini terk etmeleri

(b) PKK'nın, koruculuğu kabul eden bazı köy ve mezraları boşaltması

(c) Koruculuğu reddeden, güvenliği sağlanamayan veya PKK'ya yardım ettiği düşünülen köylerin güvenlik birimlerince boşaltılması.

Teröristlerin baskısı, saldırıları ve güvenlik güçlerinin kuşkucu yaklaşımıyla yerleşim yerlerini terk etmek zorunda kalan köylüler, güvenlik kaygısıyla uzun süre köylere dönememiş ve malvarlıklarını da kullanamamışlardır.

Terör eylemleri ve terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle uğranılan zararları karşılama amacıyla yürürlüğe konulan 5233 sy. Kanunun "Karşılanacak Zararlar" başlıklı 7.maddesinin üçüncü bendinde sadece *terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddî zararlara* yer verilmesi, Kanunun bütünlüğünü bozmuştur³⁴².

Güvenlik kaygısı ile köylerin boşalması ve kişilerin mal varlıklarına ulaşamamaları nedeniyle hayvanlarını besleyememeleri, tarlalarını ekip

³⁴⁰Yerlerinden Olmuş Kişiler Sorunu İle Köye Dönüş Ve Rehabilitasyon Projesine Yönelik Tedbirler, 17.08.2005 tr. Bakanlar Kurulu Prensip Kararı.

³⁴¹ TESEV Raporu, (Çevrim içi) s. 6, (14.03.2010).

³⁴² Kaya, **a.g.m.**, s.35, (Çevrim içi) s.11, (06.04.2010).

biçememeleri, ürün alamamaları, kiraya verememeleri gibi nedenlerden doğan zararlarının giderilmesi için *köyün, idarece veya köy halkı tarafından tamamen boşaltılması* gerekmektedir. Danıştay'a göre köye dönüşlerde *sağlanması zorunlu olan asgari güvenlik düzeyi ölçütünün ise objektif olması, köye geri dönen ve dönmeyen kişilere göre değişmemesi gerekmektedir*. Bu nedenle tazmin edilecek zarar, *sadece köyün idarece veya köy halkı tarafından tamamen boşaltılması halinde ve köyün boşaltılmasından köye dönüşün başladığı tarihe kadar geçen süreçle sınırlı olacaktır*³⁴³.

D. 5233 Sayılı Kanuna Göre Zararların Tazmin Süreci

5233 sy. Kanun kapsamında terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğradığını ileri süren kişiler, öncelikle idareye başvurarak sulhen zararlarının tazmini talep edecekler, bu yöntemden sonuç alamamaları halinde yargı yoluna başvuracaklardır.

1. Başvuru Usulü

Terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin genel esaslar, 5233 sy. Kanunun 6. maddesinde ve Yönetmeliğin 8. maddesinde düzenlenmiştir.

a. Başvuruya İlişkin Temel İlkeler

³⁴³ Danıştay 10. D. 31.12.2008 tr. ve E.2008/5548, K.2008/9733 sy. Kararı, DBB.

Terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle *maddî zarara uğrayan kişiler, mirasçıları veya yetkili temsilcileri; zararın gerçekleştiği veya zarar konusu olayın meydana geldiği il valiliğine başvurarak, zararlarının tazmini için 5233 sy. Kanunun 6. maddesinde belirtilen süreci başlatmalıdırlar.*

5233 sy. Kanunun 6. maddesine, 28.12.2005 tr. 5442 sy. Kanunun 3. maddesi ile eklenen fıkıyla, başvurular sadece ilgili valiliklerle sınırlandırılmamış; *kaymakamlıklar, Türkiye Cumhuriyeti dış temsilcilikleri, diğer bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarına yapılan başvuruların, ilgili valiliğe gönderileceği* düzenlenerek(Kn. m.6/2) özellikle yerleşim yerlerini terk eden kişilerin başvuru için başka külfetlere de katlanmalarının önüne geçilmiştir.

Yönetmeliğin 8. maddesinin 3. fıkrasının, Bakanlar Kurulunun 2006/11254 sy. Kararının³⁴⁴ 3. maddesi ile değiştirilen hükmüne göre *başvurularda; zarar görenin veya mirasçılarının adı, soyadı, ikametgâh adresi, zararın nev'i, tutarı, gerçekleşme şekli ile gerçekleştiği yer ve tarih başvuru dilekçesinde belirtilir. Mirasçıların veya yetkili temsilcilerin başvurularında, veraset ilâmı ve noterden tasdikli vekâletname başvuru dilekçesine eklenir. Elden yapılan başvurularda, başvuru sahibine başvurunun alındığına dair bir belge verilir*(Yön. m.8/1).

Başvuru sahibinin, başvuru dilekçesi ile birlikte olayın meydana geliş tarzını açıklayan ve zararın tespit ve ölçümünde dikkate alınabilecek her türlü bilgi ve belgeyi Komisyona sunabileceği hükmü (Yön. m.17) ile her türlü bilgi ve belge ile ispat kolaylığı sağlanmış, Yönetmelikte yapılan değişikliklerle mağdurlar ağır ispat yükünden kurtulmuşlardır³⁴⁵.

Zarar Tespit Komisyonu, *yapılan her başvuru ile ilgili çalışmalarını başvuru tarihinden, başka mercilere yapılan başvurularda başvurunun ilgili valiliğe ulaşmasından itibaren altı ay içerisinde tamamlamak zorundadır. Zorunlu hallerde bu süre komisyon kararı ve vali onayı ile üç ay daha uzatılabilir*(Yön. m.8/4). Kural, başvuruların altı ay içinde sonuçlandırılması

³⁴⁴ RG, 08.12.2006, S.26370.

³⁴⁵ Bakanlar Kurulunun 2005/9329 sy. Kararı, RG, 15.09.2005, S.25937.

olsa da sayıları çok fazla olan başvurular karşısında Komisyonların görevlerini belirlenen sürede tamamlayabileceklerini söylemek güç olacaktır.

b. Başvuru Süresi

Başvuru süresi 5233 sy. Kanunun yürürlük tarihi olan 27.07.2004 tarihinden sonra zarara uğrayacak kişiler ile olağanüstü hal uygulamasının ilan tarihi olan 19.7.1987 tarihinden Kanunun yürürlüğe girdiği tarih arasında zarara uğramış kişiler için farklı olarak belirlenmiştir.

(1) 27.07.2004'ten Sonra Doğacak Zararlarda Başvuru Süresi

Zarar görenin veya mirasçılarının veya yetkili temsilcilerinin, zarar konusu olayın öğrenilmesinden itibaren altmış gün içinde ve her hâlde olayın meydana gelmesinden itibaren bir yıl içinde zararın gerçekleştiği veya zarar konusu olayın meydana geldiği il valiliğine başvurmaları şarttır, bu süreler geçtikten sonra yapılan başvurular kabul edilmemektedir(Kn. m.8/1). Eğer başvuru, süre yönünden reddedilmişse, durum tutanağa bağlanarak ilgiliye yazılı olarak tebliğ edilir(Yön. m.8/1). Kanunda başvuru süresinin başlamasına etki eden durumlara da yer verilmiştir. Örneğin bu Kanun kapsamındaki yaralanma ve sakatlanmalarda, yaralının hastaneye kabulünden hastaneden çıkışına kadar geçen süre, başvuru süresinin hesaplanmasında dikkate alınmaz(Kn. m.8/1).

(2) 19.07.1987- 27.07.2004 Tarihleri Arasında Doğmuş Zararlarda Başvuru Süresi

19.07.1987 tarihinden 27.07.2004 tarihine kadar geçen süreçte terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğramış gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri, Kanunun Geçici 1. maddesi; kamu görevlileri ise Kanunun Geçici 2. maddesine dayanarak Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde ilgili valilik ve kaymakamlıklara başvurarak zararlarının tazminini talep etmelidirler.

Geçici 1. madde kapsamında gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin başvuruları önce 5442 sy. Kanunla bir yıl uzatılmış, ardından 5566 sy. Kanunla, Geçici 4. madde eklenerek başvuru süresi bir yıl daha uzatılarak son başvuru tarihi 24.05.2008 olarak belirlenmiştir. Başvuruların cevaplandırılması süresi de yine önce 5562 sy. Kanunla Geçici 3. madde eklenerek öngörülen sonuçlandırma süreleri bir yıl uzatılmış ve Bakanlar Kuruluna bu süreyi her defasında birer yıl uzatma yetkisi tanınmıştır. Nihayet 5666 sy. Kanunla eklenen Geçici 4. maddede başvuruların iki yıl içinde sonuçlandırılacağı öngörülmüş, bu sürede cevaplanamayan başvurular için yine Bakanlar Kuruluna bu süreyi her defasında bir yılı aşmamak üzere uzatma yetkisi verilmiştir.

Geçici 2. madde kapsamında ise 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 halinde³⁴⁶, eksik olan tutar yasal faiziyle birlikte ödenir(Kn. Geçici 2. madde). Bu maddede geçen bir yıllık başvuru süresi ise 5442 sy. Kanunla bir yıl daha uzatılmış; ancak başvuruyu cevaplandırma süresiyle ilgili bir değişiklik yapılmamış, bir yıl olarak kalmıştır. Başvuru süresinin kamu görevlileri için de uzatılmamış olması hakkaniyete ve eşitlik ilkesine aykırı olmuştur³⁴⁷.

³⁴⁶ Danıştay 10.D. 23.12.2008 tr. ve E.2006/7212, K.2008/9199 sy. Kararı, DBB.

³⁴⁷ Kaya, a.g.e., s.36, (Çevrimiçi) s.12, (07.04.2010).

(3) İYUK Çerçevesinde Başvuru Sürelerinin Değerlendirilmesi

İYUK m.13'e göre salt idari eylemden doğan zararlara karşı açılan tam yargı davasının incelenebilmesinin ön koşulu, idareden ön karar alınmasıdır. Buna göre zarar görenler, zararı doğuran *eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemelidirler*. İlgililer, idarenin ön karar başvurusu karşısında susması veya ön kararın tebliğini izleyen günden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Başvuru ve dava açma sürelerinin başlangıcıyla ilgili olarak Danıştay içtihadını da vurgulamak gerekirse, Danıştay hak arama özgürlüğü doğrultusunda *idareye başvurma ve dava süresinin başlangıcına yalnızca eylem tarihini almak yerine, o zararın o eylemden kaynaklandığının öğrenildiği tarihi esas almayı hakkaniyete daha uygun* bulmaktadır³⁴⁸.

5233 sy. Kanun ise ön karar başvuruları hakkında hem idari merci hem de süre yönünden farklılıklar getirmiştir. Buna göre terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle uğranılan zararlarda, zararın gerçekleştiği veya zarar konusu olayın meydana geldiği il valiliği bünyesinde kurulan Zarar Tespit Komisyonuna başvurulması gerekmektedir.

İdari başvuru süreleri ise 5233 sy. Kanunda kısaltılmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra doğacak zararlarda, *zarar konusu olayın öğrenilmesinden itibaren altmış gün ve her hâlde olayın meydana gelmesinden itibaren bir yıl* olarak tespit edilmiştir. Zarar görmüş gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri (Kn. Geçici m. 1) ve kamu görevlileri (Kn. Geçici m. 2) için ise İYUK'un öngördüğü bir ve beş yıllık süreler dolmuş olsa bile önceki başlıkta değindiğimiz süreler içerisinde idareye başvurma imkânı tanımıştır³⁴⁹.

³⁴⁸ Danıştay 10. D. 20.12.2006 tr. ve E.2004/2931, K.2006/7287 sy. Kararı, **DAN- DER**, S.115, DBB.

³⁴⁹ Kaya, **a.g.m.**, s.37, (Çevrimiçi) s.13, (07.04.2010).

5233 sy. Kanunun idareye başvuru süresini kısaltması isabetli olmamıştır, belirlenen sürelerin İYUK m.13 ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir³⁵⁰.

Dava açma süresi içinde yapılan başvuru, maddi zararlarla ilgili olarak nihaî işlem sonucunun ilgiliye tebliğine kadar genel hükümlere göre dava açma sürelerini durdurur(Kn. m.6/son). Manevi zararların, kanun kapsamında olmaması nedeniyle manevi zarar iddialarının, Komisyon kararı beklenmeden tam yargı davası açma süresini kaçırmadan dava yoluyla talep edilmesi uygun olacaktır³⁵¹.

2. Zarar Tespit Komisyonları

İl merkezlerinde valilikler bünyesinde kurulan Zarar Tespit Komisyonları, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin başvurularını değerlendirmektedir.

a. Zarar Tespit Komisyonlarının Oluşumu

Terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin başvurularını değerlendiren, zararları tespit edip sulhname hazırlayan Zarar Tespit Komisyonları, başvurunun yapılması üzerine on gün içinde illerde kurulur.

Komisyon, valinin görevlendireceği bir vali yardımcısı başkanlığında bir başkan ve altı üyeden oluşur. Vali tarafından o ilde görev yapan kamu görevlileri arasından seçilecek; maliye, bayındırlık ve iskân, tarım ve köy işleri, sağlık, sanayi ve ticaret konularında uzman birer kişi ile baro yönetim kurulunca baroya kayıtlı avukatlar arasından seçilecek bir avukat komisyonun üyesidir(Yön. m.6/1).

³⁵⁰ Kaya, **a.g.m.**, s.37, (Çevrimiçi) s.13, (07.04.2010).

³⁵¹ Aslan, **a.g.m.**, s.239.

Vali onayı ile iş yoğunluğuna göre aynı ilde birden fazla komisyon oluşturulabilir. Bu takdirde komisyonların görev dağılımı vali tarafından tespit edilir(Yön. m.6/son). Başvuru sayısının çokluğu ve bölgenin coğrafi yapısı da dikkate alınarak komisyonların, valilik bünyesinde değil de kaymakamlıklar bünyesinde oluşturulmasının iş yoğunluğunu azaltıp gerçek zararın tespitini kolaylaştıracağı ileri sürülmüştür³⁵².

Komisyon üyeleri, baro yönetim kurulu tarafından seçilen avukat haricinde valinin hiyerarşisi altında, valiye bağlı olarak görev yapan kamu görevlilerinden oluşarak tarafsız ve bağımsız bir görüntü vermekten uzak kalmıştır. Bu görüntü, yarı yargısal bir etkiye sahip olan komisyonların özerk olması ilkesine aykırı düştüğü gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁵³.

AIHM'nin "İçyer Kararı"nda, başvuru İçyer'in hükümet tarafından oluşturulan Zarar Tespit Komisyonuna müracaat etmesi gerektiği belirtilerek hükümetin etkili bir başvuru yolu oluşturmak konusunda görevini yerine getirdiği ifade edilmiştir³⁵⁴. AIHM, komisyonların oluşumunda sakıncalı bir durum tespit etmese de doktrinde daha geniş katılımlı ve kamu görevlileri dışındaki kişilerden oluşacak bir komisyonun tarafsız ve hukuki olacağı ileri sürülmüştür³⁵⁵.

b. Zarar Tespit Komisyonlarının Çalışma Usul ve Esasları

Zarar Tespit Komisyonunun nerede, hangi gün ve sıklıkla toplanacağı, iş yoğunluğuna ve müracaat sayısına göre komisyon başkanının önerisi üzerine vali tarafından tespit edilerek üyelere bildirilir. Komisyon belirlenen yer ve zamanlarda başkanın belirlediği gündemle toplanır(Yön. m.9).

Komisyonların tarafsızlığının sağlanması açısından *komisyonun başkan*

³⁵² Köksal, **Terör ve Terörle Mücadele**, s.97.

³⁵³ Aslan, **a.g.m.**, s.239, 240.

³⁵⁴ AIHM, 09.02.2006 tr. ve 18888/02 sy. İçyer v. Turkey Kararı, (Çevrim içi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=791789&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>, (07.04.2010).

³⁵⁵ Aslan, **a.g.m.**, s. 240; Kaya, **a.g.m.**, s.38, (Çevrim içi) s.14, (07.04.2010).

ve üyeleri; kendilerinin, eşlerinin ve üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) kan ve kayın hısımları ile vekili, vasisi ya da kayyımı oldukları kişilerin zararları ile ilgili komisyon toplantılarına katılamazlar(Kn. m.6/5). Komisyon salt çoğunlukla toplanır ve kararlar üye tam sayısının salt çoğunluğuyla alınır. Kararlarda çekimser kalınamaz. Karara katılmayan üye gerekçesini yazarak imzalar(Yön. m.13/1).

Komisyonlar, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle uğranılan maddî zararı araştırırken *adli, idari ve askeri mercilerden her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilir(Yön. m.17/2); adli ve askeri teşkilat ile kolluk kuvvetleri dışında kalan diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanları bilirkişi olarak da görevlendirebilir(Yön. m.10/1); gerekli gördüğü uzmanları çalıştırabilir veya bunlardan görüş alabilir(Yön. m.10/1); gerek görmesi halinde keşif yapabilir(Yön. m.11).*

Komisyonlar geniş yetkilerle donatılmalarına rağmen, iş yoğunluğu nedeniyle yeterli araştırma yapamadıkları görülmektedir. Adeta yargı merci gibi düşünülen komisyonların, adaleti sağlayabilmeleri için incelemelerini özenle yapmaları gerekmektedir. Yetkinin olduğu yerde yükümlülüğün de var olduğu unutulmamalıdır. Komisyonların denetimi, Bakanlık ve valilik tarafından yerine getirilir(Kn. m.14/1).

İçişleri Bakanlığı yayınladığı genelgede, bu hususa dikkat çekerek komisyonun zararın meydana geldiği yerde özenle inceleme yapmasını, gerekirse bilirkişi marifetiyle teknik tespitlerde bulunmasını, göç nedeniyle uğranılan zararda göçün sebeplerinin araştırılmasını ve yaşanan göç sonrasında mal varlığında, terör veya terörle mücadele dolayısıyla bir zarar meydana gelip gelmediğinin açık bir şekilde ortaya konulması gerektiğini vurgulamıştır³⁵⁶.

5442 sy. Kanunla, 5233 sy. Kanunun 4. maddesine eklenen fıkra ile *komisyonun başkan ve üyelerine ayda altıdan fazla olmamak üzere her toplantı için (500) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı*

³⁵⁶ İçişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliği, 25.04.2006 tr. ve S. B050HUK0000002.81- 191/4176, S.2006/37 sy. Genelgesi, (Erişim) http://hukuk.icisleri.gov.tr/default_B0.aspx?content=267, (12.03.2010).

sonucu bulunacak tutar üzerinden toplantı ücreti(huzur hakkı) ödenecektir. Bu ödemeler, damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tâbi tutulmaz. Ayrıca Komisyon tarafından bilirkişi olarak görevlendirilen kamu görevlilerine her başvuru dosyası için (500), diğer kişilere ise her başvuru dosyası için (1000) gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak miktarı geçmemek üzere komisyon kararı ile ödeme yapılır(Kn. m.6/7).

c. Zarar Tespit Komisyonlarının Görevleri

Zarar Tespit Komisyonlarının asıl görevi, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle uğranıldığı iddia edilen maddî zararları araştırarak bu zararların 5233 sy. Kanun kapsamında tazmin edilip edilmeyeceğine karar vermektir. Bu süreçle ilgili olarak komisyonun görevleri Kanunun 5. maddesinde düzenlenmiştir.

Komisyon öncelikle zarar görenin veya mirasçılarının veya yetkili temsilcilerinin başvurusu halinde bu Kanun kapsamına giren bir zararın bulunup bulunmadığını tespit edecektir(Kn. m.5/a).

Tazmini istenen zararın Kanun kapsamında olduğuna kanaat getirirse komisyon gerçek zarar miktarını hesaplayacaktır. Bu amaçla *kamu kurum ve kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca uygulanmış projelerin, zararın giderilmesine katkıları; zarar görenin değerlendirebileceği enkaz ve diğer yararlar; sigorta şirketlerince veya ilgili mevzuata göre kamu kurum ve kuruluşları ile sosyal güvenlik kuruluşlarınca karşılanan tazminatlar, tedavi ve cenaze giderleri ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonundan bu Yönetmelik kapsamına giren zararların karşılanması amacıyla yapılan yardımların zarar miktarından mahsup edilmesi suretiyle belirlenen nakdî veya aynî ödeme miktarını içeren sulhname tasarılarını hazırlar(Yön. m.7/b).*

Komisyon tarafından hazırlanan sulhname tasarısının örneği davet yazısı ile birlikte hak sahibine tebliğ edilir. Hak sahibi veya yetkili temsilcisi sulhname tasarısını kabul ettiği takdirde, bu tasarı kendisi veya yetkili temsilcisi ve komisyon başkanı tarafından imzalanır(Kn. m.12). *Sulhname tasarısının kabul edilmemesi veya kabul edilmemiş sayılması hâllerinde ise bir uyuşmazlık tutanağı düzenleyerek bir örneğini ilgiliye tebliğ edilir*(Yön.m.7/c).

Başvuru sahibinin Kanun kapsamına giren bir zararının bulunmadığının tespit edilmesi hâlinde de buna ilişkin karar tutanağı düzenleyerek bir örneğini ilgiliye tebliğ eder(Yön. m.7/d).

3. Zararın Tespiti ve Karşılanması

Komisyon, zarar görenlerce yapılacak her başvuru ile ilgili çalışmalarını, başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde; zorunlu hâllerde, bu sürenin vali tarafından üç ay daha uzatılmasıyla en geç dokuz ayda tamamlamak zorundadır. Bu sürede komisyon, 5233 sy. Kanun kapsamında tazmin edilmesi gereken zararlar için zarar tespit çalışmaları yapacak, yapılacak ödemelerin miktarını ve şeklini belirledikten sonra sulhname tasarısı düzenleyecektir.

a. Zararın Tespiti

5233 sy. Kanuna göre sulhen karşılanacak zararlar; hayvanlara, ağaçlara, ürünlere ve diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zararlar; yaralanma, sakatlanma ve ölüm hâllerinde uğranılan zararlar ile tedavi ve cenaze giderleri; terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddî zararlardır(Kn. m.7).

Başvuru sahibi, başvuru dilekçesi ile birlikte olayın meydana geliş tarzını açıklayan ve zararın tespit ve ölçümünde dikkate alınabilecek her türlü bilgi ve belgeyi Komisyona sunacaktır. Komisyon da zararı tespit ederken zarar görenin beyanını, adlî, idarî ve askerî mercilerden istenen bilgi ve belgeleri ve bilirkişi raporlarını dikkate alacaktır.

Maddi zararın miktarı, *hakkaniyete ve günün ekonomik koşullarına uygun biçimde, olayın oluş şekli ve zarar görenin aldığı tedbirler ve zarar görenin varsa kusur veya ihmalinin de göz önünde bulundurulması suretiyle komisyon tarafından doğrudan doğruya veya bilirkişi aracılığı ile belirlenir*(Kn. m.8). Böylelikle zararın tespitinde komisyona geniş bir takdir yetkisi verilmiştir.

Komisyon gerekli gördüğü takdirde olay mahalline giderek keşif yapabilir(Yön. m.11). Kanunda zorunlu keşif uygulaması öngörülmemiştir. Keşfin komisyonun takdirine bırakılması iş yükünü hafifletse de komisyonun özellikle keşif yapılması gerekli olan yüksek miktartlı başvurularda keşif yapmaktan kaçınmaması gerekmektedir.

5233 sy. Kanun, taşınmazlara ilişkin zarar tespitinde 2942 sy. Kamulaştırma Kanununun 11. maddesinde düzenlenen kıymet takdiri esaslarına atıf yapmıştır(Kn. m.8/2).

Tespit edilen gayri safi zarar üzerinden yapılacak mahsuplar Kanun m.5/b ve Yönetmelik m.23'te düzenlenmiştir. Kamu görevlilerine ödenmiş tazminatların mahsubu ise Yönetmelik m.18'e göre yapılacaktır. Buna göre *kamu görevlilerinden veya mirasçılarından, ilgili mevzuat uyarınca tazminat almış olup, ancak aldıkları tazminatın hesaplanma kriteri bu Yönetmelikten farklı olup 5233 sy. Kanundan yararlanmak isteyenlere, yapılan hesaplamada aldıkları tazminat ile bu Yönetmeliğe göre almaları gereken tazminat arasında fark olması halinde, eksik olan tutar yasal faiziyle birlikte ödenir.*

b. Yapılacak Ödemeler ve Zararın Karşılama Şekli

5233 sy. Kanunda mala ilişkin zararlar ile cismani zararlar ve ölüm nedeniyle doğan maddi zararların sulhen karşılanmasında farklı usuller kabul edilmiştir.

(1) Mala İlişkin Zararlarda Ödemeler

Hayvanlara, ağaçlara, ürünlere ve diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zararlar ile terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle *kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddî zararlar, aynî veya nakdî olarak karşılanır*. Ancak, bu zararların karşılanmasında imkânlar ölçüsünde aynî ifaya öncelik verilir(Kn. m.10).

Aynî ifa tarzıyla ilgili olarak Yönetmelikte düzenleme yapılmıştır. Buna göre *kişilerin konut, ahır ve benzeri yapılarında, tarımsal, sınaî ve zanaat araç ve gereçlerinde, canlı hayvan ve aynı ifaya konu olabilecek mameleklerinde meydana gelen zararın karşılanmasında; Bayındırlık ve İskân, Tarım ve Köy İşleri, Sanayi ve Ticaret müdürlüklerinin hazırlamış oldukları hasar raporları, mahkemelerce karara bağlanmış olan hasar tespitleri esas alınarak öncelikli olarak aynı ifa yoluna gidilir*(Yön. m.20). Kanunun aynı ifa tarzına öncelik vermiş olması, özellikle yerinden olmuş kişilerin geri dönüşünü zorunlu hale getirmiş, mağdurların yeni bir yerleşim yerinde konut edinip işe başlama planlarını olanaksız kılmıştır³⁵⁷.

(2) Cismani Zararlarda ve Ölüm Nedeniyle Doğan Zararlarda Ödemeler

Yaralanma, sakatlanma ve ölüm hâlleri için ise malvarlığında meydana gelen zararların hesaplanmasının aksine; zarar, nakdi ve nesnel ölçülere göre hesaplanır³⁵⁸. *Yaralanma, sakatlanma ve ölüm hâllerinde (7000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunan miktar;*

³⁵⁷ TESEV Raporu, (Çevrimiçi) s. 16, 17, (14.03.2010).

³⁵⁸ Kaya, **a.g.m.**, s.40, (Çevrimiçi) s.16, (07.04.2010).

yaralananlara, altı katı tutarını geçmemek üzere, onda birinin doktor veya sağlık kurulu raporu ile belirlenen iş ve güce engel olma süresi ile çarpımı sonucunda belirlenecek tutarda; çalışma gücü kaybı derece ve oranları için belirlenen katı tutarında, ölenlerin mirasçılarına elli katı tutarında, nakdî ödeme yapılır(Yön. m.21).

5233 sy. Kanunda yaralanma, sakatlanma ve ölüm hâlleri için nesnel bir tazminatın öngörülmesi tazminat hukukunun genel prensiplerine aykırıdır. Zira cismani ve ölüm nedeniyle meydana gelen zararlarda tazminat hesaplanırken kişinin yaşı, sosyal durumu ve yaşama şartları, ekonomik durumu gibi bazı öznel ölçülere müracaat edilir³⁵⁹.

Nesnel ölçülere göre belirlenen bu miktarlar son derece düşüktür, ölüm veya yaralanma halinde ödenecek tazminat en fazla 16000TL- 17000TL olabilmektedir. Mal varlıkları için ödenen maddi tazminatlar, ölüm veya yaralanma halinde ödenecek tazminattan daha fazla olmakta ve bu durum da hakkaniyetli sonuçlar doğurmamaktadır³⁶⁰.

5233 sy. Kanunun 9. maddesi de, daha önce de değindiğimiz Elazığ İdare Mahkemesinin, Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunun konusu olmuştur. Maddede yer verilen, *ölüm halinde (7000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunan miktarın elli katı tutarında, ölenlerin mirasçılarına nakdi ödeme yapılacağı* hükmü ile *nakdî ödemenin tespitine esas tutulacak miktarın, ödeme yapılmasına ilişkin valinin veya bakanın onayı tarihinde geçerli gösterge ve katsayı rakamları esas alınarak belirleneceği* kuralı, Anayasaya aykırı bulunmamıştır. Anayasa Mahkemesi, “sosyal risk ilkesinde sulh yoluyla ödenecek tazminat miktarının yasa koyucu tarafından yasayla belirlenmesi Anayasa’da güvence altına alınan sorumluluk hukukunun temel ilkelerine aykırılık oluşturmaz” diyerek “gösterge ve katsayı rakamlarının her yıl artış göstermesi nedeniyle, son işlem

³⁵⁹ Akyılmaz, **Tazminat**, s. 187- 189; Kaya, **a.g.m.**, s.40, (Çevrimiçi) s.16, (07.04.2010).

³⁶⁰ Köksal, **Terör ve Terörle Mücadele**, s.99; “İstanbul’da terör eylemleri kapsamında otobüse atılan molotofla hayatını kaybeden 17 yaşındaki Serap Eser’in mirasçılarına 19550TL ödeneceği” hakkında, “Serap’ın Canının Bedeli 19 Bin 550 Lira” **Milliyet Gazetesi**, 20.12.2009, s.16.

tarihinde geçerli gösterge ve katsayı rakamlarının esas alınmasının, tazminat alacaklısının lehine bir uygulama olduğu”na karar vermiştir³⁶¹.

Ölüm halinde nakdî ödemenin mirasçılara intikalinde 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun mirasa ilişkin hükümleri uygulanacaktır(Kn. m.9/3). Ancak yargı yerleri, Türk Medenî Kanununun mirasa ilişkin hükümlerini her zaman dikkate almamaktadır. Zira Danıştay birçok kararında resmi nikâhlı olmayan eşe de maddi ve manevi zarar ödenmesine karar vermektedir³⁶².

c. Zararın Karşılmasına İlişkin Sulhname

Komisyon, başvurunun 5233 sy. Kanun kapsamında olduğuna karar verdikten sonra doğrudan doğruya veya bilirkişi aracılığı ile yaptığı incelemelerle zararı belirler(Kn. m.8); yaralanma, sakatlanma ve ölüm hâllerindeki nakdî ödeme tutarını hesaplar(Kn. m.9); ifa tarzını belirler(Kn.m.10) ve son olarak da mahsup edilecek miktarları dikkate alarak uğranılan zararı sulh yoluyla karşılayacak safi miktarı belirler (Kn. m.12/1). Komisyon, bu esaslara göre sulhname tasarısını hazırlar ve hak sahibi, sulhnameyi imzalamak üzere davet edilir.

Hak sahibi veya yetkili temsilcisi 30 gün içerisinde bu davete icabet etmezse sulhname tasarısını kabul etmemiş sayılır. Hak sahibi davete icabet etmesine rağmen sulhname tasarısını kabul etmeyebilir. Tasarının kabul edilmemesi veya kabul edilmemiş sayılması hâllerinde bir uyuşmazlık tutanağı düzenlenir ve bir örneği ilgiliye tebliğ edilir. Sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır(Kn. m.12/4-5). Davete icabet eden hak sahibi, sulhname tasarısını kabul ederse tasarı, kendisi veya yetkili temsilcisi ve komisyon başkanı tarafından imzalanır ve uyuşmalık sonlandırılır.

³⁶¹ Anayasa Mahkemesi, 25.06.2009 tr. ve E.2006/79, K.2009/97 sy. Kararı, **RG**, 13.11.2009, S.27405.

³⁶² Danıştay 10. D. 04.10.1996 tr. ve E. 1995/970, K.1996/5777 sy. Kararı, Şahin, Bal, **a.g.e.**, s.599-601.

Sulhnamede belirlenen zararlar, sulhnamenin imzalanmasından sonra valinin onayı üzerine ifa tarzına göre Bakanlık bütçesine bu amaçla konulan ödenekten üç ay içerisinde karşılanır. Devletin ödeme nedeniyle genel hükümlere göre sorumlular hakkında rücu hakkı saklıdır(Kn. m.13).

Hak sahibinin sulhname tasarısına müdahalede bulunamaması, sadece metni kabul veya reddetme yönünde bir beyanda bulunması nedeniyle tasarının sulh belgesi olma niteliği haklı olarak eleştirilmiştir³⁶³.

5233 sy. Kanun terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin zararlarının tazmin edilmesi sürecinde, takip etmek zorunda oldukları bir başvuru yolu değildir. Zarar gören kişiler ya 5233 sy. Kanunun öngördüğü sulhen tazmin yolunu izleyecekler ya da idari yargıda tam yargı davası açacaklardır. 5233 sy. Kanunun öngördüğü tazmin yoluna başvurulmuş fakat sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır. Bu durumda komisyona ilk başvurma ile kesilen dava açma süresi nihai işlemin ilgiliye tebliği ile işlemeye başlar ve kalan sürede idari yargıda iptal ve tam yargı davaları açılmalıdır.

İYUK m.13'e uygun olarak açılan tam yargı davalarının ön koşulu olan ön kararlar, idari işlem kabul edilmemekte ve ön kararlar iptal davasına konu edilmemektedir³⁶⁴. Oysa zarar tespit komisyonlarınca hazırlanan sulhname tasarıları, sulhname ve uyuşmazlık tutanakları, idari makamların idare işlevleriyle ilgili ve kamu gücüne dayanarak kamu hukuku alanında tesis ettikleri tek yanlı, doğrudan uygulanabilir nitelikte ve ilgililerin hukuki durumlarını etkileyen hukuki tasarruflardır ve iptal davasının konusu olurlar³⁶⁵.

Sulh sözleşmesinin uyuşmazlığı sona erdirmeye özelliğine karşın Danıştay, *sulhnamenin imzalanmasından sonra dava açılmasına hukuken olanak bulunmadığı* ancak *düzenlenen sulhnamelerin, komisyonca kabul edilen zarar miktarı ve kalemiyle sınırlı olduğunu* kabul etmektedir. Dolayısıyla, komisyona başvuru sırasında *zararın kalemler halinde ayrılarak talep edilmesi ve bu*

³⁶³ Aslan, **a.g.m.**, s. 241.

³⁶⁴ Danıştay 10.D. 26.11.2007 tr. ve E.2005/6693, K.2007/5655 sy. Kararı, **DAN- DER**, S.118, DBB.

³⁶⁵ Danıştay 10.D. 30.12.2008 tr. ve E.2008/7348, K.2008/9583 sy. Kararı, DBB.

talebin kısmen kabulünde, ...açıkça veya zımnen reddedilen kalemleri kapsamaması nedeniyle kapsam dışında tutulan zarar kalemleri için ilgilinin dava açma hakkının saklı bulunduğu kabul edilmiştir³⁶⁶. Sulhnamede “Yukarıda aynı/nakdi olarak belirtilen zararımın/zararlarımın karşılanması sonucunda, Komisyonun tespitine esas olay ile ilgili olarak uğradığım zararımın tamamının karşılanmış olduğunu kabul ve taahhüt ederim.”³⁶⁷ ifadesinin altının imzalanmasından sonra sulhnamenin kabul edilmemesi, sulhnamenin bağlayıcılığına aykırı olmaktadır.

³⁶⁶ Danıştay 10.D 30.12.2008 tr. ve E.2008/4141, K.2008/9584 sy. Kararı, DBB.

³⁶⁷ Terör Ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Yönetmelik, Ek-E.

SONUÇ

İnsanların bir arada yaşamaları, toplum hayatının karmaşıklığını da beraberinde getirmekte, toplumu oluşturan bireyler huzur ve barışta birlikte oldukları gibi kargaşa ve saldırılara da birlikte katlanmaktadırlar. Tüm toplumu tehdit eden terör eylemlerinde de zarar, kusuru olmayan bireyler üzerinde doğduğundan bu zararın masum kişiler üzerinde bırakılması hakça olmayacaktır. Bu nedenledir ki terör eylemleri ve terörle mücadele çerçevesinde yürütülen faaliyetlerden doğan zararların, kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamakla yükümlü devlet tarafından karşılanması gerekir. Ülkemizde zararın tazmininde, 1980lerden sonra yoğunlaşan terör eylemleri nedeniyle kişilerin zararlarını karşılamak üzere yargı yerleri tarafından sosyal risk ilkesi uygulanmaya başlanmıştır.

Eylem, zarar ve illiyet bağı şartlarının birlikte bulunması gereken idarenin sorumluluğunda esas olan hizmet kusuru ilkesidir. Bazı durumlarda idare kusuru olmasa da yürüttüğü faaliyetlerin özel durumu gereğince zarar ile idarenin işlem veya eylemi arasında illiyet bağı olması halinde idarenin kusursuz sorumluluğu doğacaktır.

Temelinde şiddeti barındıran ve toplumda korku ve kargaşa yaratma amacı taşıyan terör eylemleri, özelde devletlere büyük zararlar verse de tüm dünyayı tehdit eden küresel bir sorun haline gelmiştir. Devlet, toplumun güvenliğinin sağlanması ve bireylerin huzur içinde yaşamaları adına insan hak ve özgürlüklerini olumsuz olarak etkileyen terör eylemleriyle mücadele etmek zorundadır. Terör eylemlerinin ne zaman ve nerede ortaya çıkacağını belirlemenin güçlüğü karşısında, teröre karşı önceden kesin olarak tedbir almak mümkün olamamaktadır. Bu nedenle terör eylemlerinin önüne geçilememekte ve kişiler terör nedeniyle can ve mal kaybına uğramaktadırlar.

Ülkemizde de 1980lerden sonra yoğunlaşan bölücü terör örgütü faaliyetlerinden özellikle Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesinde yaşayan vatandaşlarımız, maddi ve manevi zararlar görmüş, yaşadıkları yerleri terk etmek zorunda kalmışlardır.

Yaşanan bu vahim terör olaylarının, idarenin işlem ve eyleminden kaynaklanmaması nedeniyle yasama organının konuyla ilgili bir düzenleme yapıp yargı organlarının da bu düzenlemeye göre karar vermesi beklenirken ülkemizde bu süreç izlenmemiştir. Danıştay, illiyet bağına dahi aramadan kusursuz sorumluluk ilkesinin kapsamını genişletmiş ve bu durumun artık Türkiye idaresine “kâmil” sıfatını kazandırdığı belirtilmiştir³⁶⁸.

İşlem ve eylemleriyle verdiği zararı, sosyal bir hukuk devleti olmasının gereğiyle tazmin eden idare, kamu gücünü kullanırken hukuka uygun davranmalı ve neden olduğu zararları da tazmin etmelidir. İdarenin sorumluluğu, neden olduğu zararları tazmin ettiği müddetçe idarenin hukuka aykırı davranabileceği anlamına gelmediği gibi kusursuz sorumluluk ilkesinin kabulüyle de kusurların göz ardı edilebileceğini de ifade etmez. Bu bağlamda terör olaylarından zarar görenlerin zararının, doğrudan kusursuz sorumluluk ilkelerinden kabul edilen sosyal devlet ilkesince tazmini kabul edilemez. Kişilerin güvenliğinin sağlanması, devletin en başta gelen görevlerinden olması nedeniyle, terör eylemlerinin önlenememesi ve kişilere güvenli bir ortam sağlanamaması gerekçesiyle bireylerin yıllarca yerleşim yerlerinden uzak kalmalarında idarenin kusursuz olduğunu ileri sürmek mümkün değildir.

Terörle mücadele çerçevesinde yürütülen faaliyetler bakımından ise idare, terörle mücadele ederken işlem tesis edip eylemlerde bulunur. İdarenin bu işlem ve eylemleriyle kişilerin zararı arasında illiyet bağına varlığı tartışmasız olduğundan idarenin sorumluluğuna hükmederken sorumluluk hukuku açısından sorun olmamaktadır.

2004 yılına kadar Danıştay, eleştirilere maruz kalsa da terör eylemlerinden doğan zararlarda sosyal risk ilkesini uygulamıştır. 2004 yılında ise 5233 sy. Kanunla terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararlarının sulhen karşılanması amaçlanmıştır. Kanuna göre zararın terör eyleminden doğup doğmadığını araştırılır, terör eyleminden

³⁶⁸ Cüneyt Özansoy, “İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Anayasa Hukuku, Kamu Hukuku, İdare Hukuku 1**, Ankara, 12- 16 Ocak 2000, s.372.

doğduğuna kanaat getirilirse zararı tespit ederek zararın ne şekilde tazmin edileceği karara bağlanır. Kanun, zorunlu bir idari başvuru yolu getirmese de sosyal risk ilkesine ilişkin tartışmalara cevap olmaya çalışmıştır. Manevi zararları kapsam dışında bırakan, komisyona başvuru süresini kısa tutan, ölüm ve iş gücü kaybına ilişkin zararlar için düşük meblağlar belirleyen ve amacı başvuruları kısa sürede sonuçlandırma olmasına karşın bu amacına ulaşamayan Kanun, etkin bir başvuru yolu sağlamasıyla AİHM tarafından da kabul edilmiştir.

5233 sy. Kanun, sorumluluk hukukunun genel esaslarına aykırı olan sosyal risk ilkesinin uygulanmasına etki etmiş, son yıllarda sosyal risk ilkesinin kapsamı daraltılarak hizmet kusurunu dayanak alma eğilimi başlamıştır. Her ne kadar terör eylemlerini önlemek her zaman mümkün olmasa da bireyinin can ve mal güvenliğini sağlayamayan idarenin de kusursuz olduğunu ileri sürmek mümkün olmayacaktır. Terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle uğranılan zararlarda, hizmet kusuru araştırması yapılmalı ve idarenin olası kusurları, sosyal risk ilkesiyle perdelenmemelidir.

KAYNAKÇA

Genel Eserler

AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNER Murat; KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Kasım 2009.

ATAY, E. Ethem; **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 1.Bası, 2006.

DERBİL, Süheyp; **İdare Hukuku**, Yeni Desen Matbaası, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş 5. Bası, Ankara, 1959.

EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Beta Yayınları, 8. Bası, 2003.

GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ekim 2006.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; **Yönetim Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, Güncelleştirilmiş 26. Bası, Temmuz 2008.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; **Yönetmelik Yargısı**, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, Güncelleştirilmiş 25. Bası, 2006.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, TAN Turgut; **İdare Hukuku Cilt 2: İdari Yargılama Hukuku**, Mevzuattaki Son Değişiklikler İşlenerek Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.

GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, Ankara, İmaj Kitabevi, 7.Bası (aynı bası), 2003.

KALABALIK, Halil; **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Sakarya, Değişim Yayınları Kitabevi, 2. Basım, Eylül 2006.

KILIÇOĞLU, Ahmet; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 5.Bası, 2005.

ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları III. cilt**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 3. bası, 1960.

ÖZAY, İl Han; **Gün Işığında Yönetim**, İstanbul, 2002.

SARICA, Ragıp; **İdari Kaza**, İstanbul, 1949.

YILMAZ, Ejder; **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2004.

Monografiler

ACAR, Ünal, URHAL, Ömer; **Devlet Güvenliği İstihbarat ve Terörizm**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.

ALTUĞ, Yılmaz; **Terörizm Dünü Bugünü Yarını**, Ankara, y.y., 1989.

ARMAĞAN, Tuncay; **İdarenin Sorumluluğu Ve Tam Yargı Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997.

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

BALTACI, Vahit; **Yeni TCK ve CMK' da Terör Suçları ve Yargılaması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Mart 2007.

BEŞE, Ertan; **Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2002.

ÇAĞLAYAN, Ramazan; **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 1.Baskı, 2007.

DURAN, Lütfi; **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu- Sorumluluğun Temeli Ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No:138, 1974.

ERGİL, Doğu; **Türkiye'de Terör ve Şiddet**, Ankara, Turhan Kitabevi, Birinci baskı, 1980.

ESİN, Yüksel; **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Güven Matbaası, 1976.

İMRE, Zahit; **Doktrin ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949.

Özdemir, Necdet; **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara, 1963.

ÖZGENÇ, İzzet; **Terörle Mücadele Kanunu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

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

ŞAHİN, Yahya, BAL, Yakup; **Tazminat Davaları İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

Makale Ve Tebliğler

AKYILMAZ, Bahtiyar; “İdari Yargıda Tazminat Şakileri Ve Hesaplanması”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, cilt:6, sayı:1–2, 1998, s.165- 219.

AKYILMAZ, Bahtiyar; “Sosyal Risk İlkesi Ve Uygulama Alanı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt: IX, sayı:1–2, 2005, (çevrimiçi) http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/IX_178-204.pdf .

ASLAN, Metin; “İdarenin Terör Eylemlerinden Doğan Zararlardan Dolayı Sorumluluğu”, **Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı**, İstanbul Barosu, Türk Ceza Hukuku Derneği, Mayıs 2007, s. 229- 243.

ATAY, E. Ethem; “İdarenin Sorumluluğu”, **Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s.1061- 1098.

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- 145.

BAŞ BEREKET, Zuhal; “İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Sağlanması Aracı Olarak Tam Yargı Davaları”, **İdari Yargı Panel**, Türkiye Barolar Birliği-Mersin Barosu, Mersin, 11- 12 Nisan 2003, s.305- 415.

BAŞPINAR, Recep; “Tam Yargı Davaları”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara, 1986, s.481- 511.

DAMAJ, Oussama; “The Problem of Responding to Terrorism”, **Seminer on Humanitarian Law and Terrorism**, Sanremo, 24–26 September 2002, (Çevrimiçi) <http://www.michaelschmitt.org/images/4996terr.pdf> (08.03.2010).

FENDOĞLU, Hasan Tahsin; “Uluslararası Belgelerde Terörizm”, **Fırat Üniversitesi'nin 25. Kuruluş Yıldönümünde I. Milletlerarası Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da Güvenlik ve Huzur Sempozyumu- Bildiriler**, Elazığ, 27- 28- 29 Mart 2000, s.757- 768.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; “Terör Olayları Ve Yönetimin Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, cilt: 50, sayı: 3–4, Haziran- Aralık 1995, s.193- 199.

GÜRAN, Sait; “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, **Sorumluluk Hukukunda yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara 12- 13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s.151- 170.

GÜRSOY, Kemal Tahir; “ İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara 12- 13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s.71- 133.

KAYA, Bora, TEZCAN Mehmet; “Atış ve Manevralardan Doğan Zararlar Nedeniyle Devletin Hukuki Sorumluluğu”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi 30. Kuruluş Yılı Özel Sayısı**, sayı:17, kitap:1, Ankara Genel Kurmay Basımevi, 2002, s.261- 299.

KAYA, Cemil; “Avrupa Konseyi'ndeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşıllanması Hakkında Kanun”, **USAK Yayınları- Uluslar Arası Hukuk Ve Politika**, cilt:3, no:10, 2007.(Çevrimiçi)

<http://www.usak.org.tr/dosyalar/dergi/Xk7tT2E9hODsSLSJevty8ZQvm81fCf.pdf> , (03.09.2009)

KÖKSAL, Mustafa; “Sosyal Risk İlkesi Tarih mi Oluyor?” **Terazi Hukuk Dergisi**, yıl:5, sayı:42, Şubat 2010, s.87- 106.

KÖKSAL, Mustafa; “Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların İdarece Karşılama Usulü”, **Terazi Hukuk Dergisi**, yıl:4, sayı:36, Ağustos 2009, s.89- 101.

OZANSOY, Cüneyt; “İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Anayasa Hukuku, Kamu Hukuku, İdare Hukuku 1**, Ankara, 12- 16 Ocak 2000, s.371- 374.

SARICA, Ragıp; “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, cilt: 15, sayı: 4, 1949, s.858- 895.

ŞENLEN, Süheyla; “Türkiye’de İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, cilt:49, sayı.3- 4, 1994, s.401- 413.

TESEV Ülke İçinde Yerinden Edilme Sonrası Vatandaşlık Haklarının Yeniden Tesisi ve Rehabilitasyon Araştırma ve İzleme Grubu, **Türkiye’de Ülke İçinde Yerinden Edilme Sorunu: Tespitler Ve Çözüm Önerileri**, (Çevrimiçi)

http://www.tesev.org.tr/UD_OBJS/PDF/DEMP/TESEV_UYE_Grubu_Raporu.pdf (14.03.2010).

UYAR, Tulga; “5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansın Hakkında Kanun”, **Polis Dergisi**, S.41, (Çevrimiçi) http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/41/web/diger/Tulga_UYAR.htm (14.03.10).

YAMAN, Murat; “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları” **AYİM Dergisi**, N.18, (Çevrimiçi) http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=54 (02.04.2010).

YAYLA, Yıldızhan; “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, **Sorumluluk Hukukunda yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara 12- 13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s.45- 59.

Yüksek Lisans Ve Doktora Tezleri

ANAYURT, Ömer; **Türk Hukukunda İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1989.

ÇATALBAŞ, Murat; **Terörle Mücadelenin Ulusal ve Uluslararası Boyutu**, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ekim 2006.

DEMİR, Celal; **Türkiye'nin İmzaladığı Terörle İlgili Uluslararası Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerin Temel Haklar Açısından İncelenmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, Ocak 2007.

İLBİZ, Ethem; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türkiye'nin Terörle Mücadelede İnsan Hakları Sorunu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2009.

KAPLAN, Gürsel; **Danıştay Kararları Çerçevesinde Tam Yargı Davalarında Zarar Kavramı**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1993.

KARAHANOGULLARI, Onur; **Türkiye'de İdari Yargı Tarihi**, Doçentlik Çalışması, Ankara, 2005, Erişim: <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/turkiyedeidariyargitarihi.pdf> (29.10.2009).

OZANSOY, Cüneyt; **Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989.

ÖZDEMİR, Taner; **Birleşmiş Milletler Çerçevesinde Terörizmle Mücadele**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2006.

Elektronik Kaynaklar

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=search&id=24

<http://tdkterim.gov.tr/bts/>

<http://www.egm.gov.tr/temuh/terorgrup1.html> (12.03.2010).

<http://www.egm.gov.tr/temuh/mevzuat1.html> (13.03.2010).

<http://webarsiv.hurriyet.com.tr/2004/08/17/507015.asp> (20.01.2010).

<http://www.iha.com.tr/haber/detay.aspx?nid=87699&cid=11> (20.01.2010).

<http://www.ntvmsnbc.com/id/25006237/> , (04.04.2010).

http://hukuk.icisleri.gov.tr/default_B0.aspx?content=267, (12.03.2010).

<http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/4738.html> (10.04.2010).

[\[ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/477/68/IMG/NR047768.pdf?OpenElement\]\(http://ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/477/68/IMG/NR047768.pdf?OpenElement\) \(28.02.2010\).](http://daccess-dds-</p></div><div data-bbox=)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=791789&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>, (07.04.2010).

ÖZET

ATAK, Başak. Terörle Mücadelen Doğan Zararların Karşılanmasında İdarenin Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

İşlem ve eylemlerinden doğan zararlardan sorumlu olan idarenin, kendi faaliyet alanı dışında gelişen terör eylemleri ve kendi işlem ve eylemleriyle belirlenen terörle mücadele faaliyetleri sırasında oluşan zararlar karşısında sorumlu olup olmadığının tespiti ve sorumluluğunun kapsamı uzun yıllar tartışılmıştır. Bu çalışmada da terör eylemleri veya terörle mücadele faaliyetleri çerçevesinde yürütülen faaliyetlerden doğan zararların, idarenin sorumluluğu kapsamında idarece karşılanması sürecine ilişkin teori ve uygulamalar, kapsamlı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

Yargı organlarının içtihatlarıyla kabul edilen ve çalışmamızda da Danıştay kararları çerçevesinde incelenen sosyal risk ilkesi, hukuki olarak temellendirilememiş; son yıllarda yapılan kanuni düzenlemelerle de kapsamı daraltılmıştır. Çalışmamızın ağırlıklı kısmını oluşturan yargı kararlarıyla terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetlerden doğan zararların tazmininin hukuki çerçevesi belirlenmeye çalışılmıştır.

5233 sy. Kanunun öngördüğü tazmin usulünün de etkisiyle terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle uğranılan zararlarda, sosyal risk ilkesinin uygulanması yerine olayda hizmet kusuru araştırması yapılmalı ve idarenin olası kusurları, sosyal risk ilkesiyle perdelenmemelidir.

Anahtar Sözcükler

1. İdarenin hizmet kusuru
2. İdarenin kusursuz sorumluluğu
3. Sosyal risk ilkesi
4. Terör ve terörle mücadele
5. Zarar

ABSTRACT

ATAK, Başak. The Administration's Responsibility Of Compensating The Damages Caused By Fight Against Terrorism, Master Thesis, Ankara, 2010.

Administration is responsible of damages caused by its operations and actions. Whether or not administration is responsible of terror actions developing out of its area and its actions and operations during fight against terrorism, and also determination of content of its responsibility have been argued for a long time. In this thesis, theories and applications about the process that administration's covering the damages caused by terror actions and fight against terror will try to be examined.

Social risk, which is accepted by jurisprudence of judicial bodies, and examined in this thesis as a part of Danıştay (High Administration Court) decisions, is not grounded legally. Also with the legal regulations content of the social risk is reduced. Jural outline of judiciary decisions which covers a major part of the thesis, and terror actions and compensation of damages caused by activities of fight against on terrorism is trying to be determined.

In terror actions or damages caused by activities of fight against terrorism, with the impact of bearing Law No. 5233, instead of implementing the principle of social risk, "faute de service" should be investigated. Moreover, probable deficits of administration should not be concealed with the principle of social risk.

Key Words

1. Fault-based liability (faute de service)
2. Liability without fault (responsabilité sans faute)
3. Principle of social risk
4. Responsibility of terror and fight against terror
5. Damage