

**SOSYAL RİSK İLKESİ BAĞLAMINDA  
DEVLETİN OBJEKTİF SORUMLULUĞU VE 5233 SAYILI YASANIN  
PRATIĞI**

**(Strict Liability of the State in the Context of the Principle of Social Risk and  
Practice of Law Number 5233)**

Mahmut Akpınar\*

Mehmet Yeşilbaş\*\*

**ÖZET**

Yaşanan hızlı değişim ve dönüşün süreci sonunda hukuk alanında da ciddi metamorfozlar yaşanmış ve bunun doğal sonucu olarak devletin rol ve statüsünde önemli değişiklikler meydana gelmiştir.

Kuvvetler ayrılığının doğal sonucu olarak devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının ifa edilmesi sırasında özel ya da tüzel kişilere vermiş oldukları zararlar nedeniyle sorumlu olması bu gelişmelerin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bunun yanı sıra icra yetkisini kullanan yürütme organının faaliyetlerinin sonucunda devletin sorumluluğu ortaya çıkmakta ve günümüz dünyasında münferit ve sosyal yaşamın her alanına doğru genişlediği görülmektedir. Tabii gelişim çizgisi içerisinde buyurgan egemen bir devlet anlayışından hizmetkar bir devlet anlayışına doğru bir seyrin söz konusu olduğu görülmektedir. Bu da devletin sorumluluk anlayışında önemli farklılaşmaları beraberinde getirmiş, özellikle demokratik anlayışı temel alan devlet yapılanmalarında kusurlu sorumluluktan kusursuz sorumluluğa doğru genişleyen bir sorumluluk anlayışını ortaya çıkarmıştır.

**Anahtar Sözcükler:** *Devletin Sorumluluğu, Kusursuz Sorumluluk, Sosyal Risk.*

**ABSTRACT**

*After the rapidly changing and transformation process, important metamorphoses have been lived in the field of law, too. As a consequence of this, many changes have been occurred in the role and statue of states.*

**Key words:** *Responsibility of the State, Strict Liability and Social Risk.*

---

\* Yrd. Doç., Turgut Özal Üniversitesi.

\*\* Mülki İdare Amiri, İçişleri Bakanlığı AB ve Dış İlişkiler Daire Başkanlığı, D.Ü SBE İşletme Doktora Öğrencisi

## GİRİŞ

Tarihin gelişim seyri içerisinde devletin rol ve sorumluluklarında zamanla önemli farklılaşmalar meydana gelmiştir. Antik Yunan döneminde kurulan site devletlerden günümüzün modern devletlerine, daha etkin ve adil yönetme önemli tartışma konularından birisi olagelmıştır. 18. yüzyılın sonlarında Fransız Devriminin sonuçlarından birisi olarak ortaya çıkan sosyal sözleşme ve hâkimiyeti anlayışının kaynağı gibi teorik tartışmalar sonucu şekillenen modern devlet yaklaşımı çerçevesinde benimsenen kuvvetler ayrılığı anlayışının gittikçe egemen olmaya başladığı görülmektedir. John Locke, Jean Jacques Rousseau ve Thomas Hobbes gibi aydınların etkisi ile İngiliz, Fransız ve Amerikan devrimleri meydana gelmiş ve mutlakiyet rejimleri yıkılmaya başlamıştır. Hürriyet, mülkiyet hakkı ve hayat hakkı başta olmak üzere bireyin temel haklarını, akli ve bilimi önceleyen aydınlanma felsefesi modern devlet ile beraber kurumsallaşmaya başlamıştır. Bireyin toplumdaki farklı, bağımsız bir özne olarak ele alındığı bu süreç, birey-devlet ilişkilerinin de hukuk normlarına bağlanmaya başladığı bir dönemdir. Artık kanunlar sadece vatandaşlara ödevler yüklememektedir, bunun yanı sıra devlete de bir kısım sorumluluklar verilmekte ve kamu otoritesine tahditler konulmaktadır. Kuvvetler ayrılığının doğal sonucu olarak icra otoritesini yetkisinde bulunduran farklı devlet organları, aldıkları kararlarla toplum ve bireylerin yaşamlarını olumlu ya da olumsuz etkilemeye başlamıştır.

Devletin yokluğunda, mülkiyetten söz etmenin olanaklı olamayacağı ve sadece gücü olan insanın istediğini elde edebileceği bir yaşam tarzının olacağına ilişkin Hobbes vurgusu düşünüldüğünde devlet aygıtının insan yaşamı için vazgeçilmez bir öge olduğu anlaşılmaktadır. Hobbes, devleti Leviathan'da müşahhas hale getirmekte ve egemen topraklar üzerinde yaşayan yurttaşları yabancıların istilasından koruyabilmenin ve onları güvence altında tutmanın yönteminin tüm güç ve erki toplumu meydana getiren bireylerin, belli insan ya da insan toplulukları lehine kendi haklarından feragat etmeleri ile mümkün olduğu üzerinde durmaktadır (Aktan C. , 1998). Faguet ise devleti ihtiyaç duyulan kötü olarak tanımlamıştır (Wikiquote, 2011). Knight, devletin temel fonksiyonunu, ekonomik yaşam bağlamında özgürlüğün güvencesini sağlamak olarak görürken Washington devleti tehlikeli bir hizmetçi ve korkulacak bir efendi olarak ele almakta ve devletin egemen ve buyurgan özelliğine vurgu yapmaktadır. Kimi yazarlar ise devleti bazı problemlerin çıkış yolu, bazılarının ise bizzat kaynağı olarak görmektedir. Rousseau ise devletin büyümesi ile küçülmesi arasında doğrudan bir paralellik kurmuş ve devleti özgürlükleri sınırlayan bir aygıt olarak konumlandırmıştır (Aktan C. , 2009).

Tüm bu devlet tanımlamalarına bakıldığında, doktrinde devlete ilişkin her ne kadar üzerinde uzlaşılan bir tanım olmadığı ve her ideoloji ve kuramın kendi devlet anlayışını empoze ettiği görülse de hukuki anlamda devlet, ülke adı altında ele alınan bir toprak parçası üzerinde yaşayan insan kümelerinin bir araya gelerek adı konulan bir egemenlik anlayışı içerisinde bir siyasal örgütlenme biçimi olarak tanımlanabilir (Yeşilbaş, M; Temur, T, 2009).

Tarihin ilk dönemlerinde ortaya çıkan devlet formundan günümüze devletin sorumluluklarına ilişkin yaklaşımlarda önemli eksen kaymaları söz konusu olmuştur. Çağımızın temel dinamikleri olan küreselleşme ve bilginin hızla

yayılmasına koşut olarak günümüzde aşağı yukarı homojen bir devlet karşısındaki statüsünde her geçen gün değişiklikler söz konusu olduğu ve devleti daha edilgen bir pozisyonda konumlandırmaya başladığı dikkat çekmektedir (Yeşilbaş&Temur, 2009).

Devlet teorisine ilişkin yaşanan bu alandaki değişimin doğal sonucu ve gerekliliği olarak yirminci yüzyılın dördüncü çeyreğinden başlayarak geleneksel kamu yönetimi paradigmasının da yeni yaklaşımlar çerçevesinde sorgulanmaya başladığı görülmektedir. Bu değişim, organizasyonların hayatiyetlerin koruyabilmeleri belli alanları önceliklemelerinin bir zarureti de beraberinde getirmiştir. Tüm bu hızlı değişim sürecine rağmen yönetme fenomeni hala muhkem mevziini korumaya devam etmektedir. Çağdaş yönetim yaklaşımının sonucu olarak artık örgütlerin salt biçimsel yapılarının modernize edilmesi yeterli görülmemekte, toplumu algılamak, halkın istek ve beklentilerine rasyonel çözümler sunabilmek ve onları temel belirleyici enstrümanlar olarak görmek ve yönetsel alanı buna göre şekillendirmek büyük önem arz etmektedir. 1950’li yıllardan itibaren merkezi yönetimin çözümsüzlüklerine ilişkin dillendirilmeye başlanan argümanlar, merkeziyetçi anlayışın çözümlerindeki kararsızlık ve irrasyonelite geleneksel kamu yönetiminin değişimini zorlamaya ve yeni çıkış yolları aranmaya başlamıştır (Yeşilbaş, 2007).

Toplumsal yaşamdaki her unsurun hızlı bir değişim ve dönüşüm geçirmesi gibi hukuk alanında da ciddi metamorfozlar yaşanmış ve bunun sonucu olarak devletin rol ve statüsünde önemli değişiklikleri ortaya çıkarmıştır. Sanayi devrimi ile üretimin niteliği ve demografik yapı değişmiş, ulaşım ve iletişim teknolojisindeki gelişmeler de toplumsal dönüşümü hızlandırmıştır. Yeni ekonomik ve sınıfsal yapıda fabrikalar, bu fabrikaların sahibi olan burjuva ve üretime emeği ile katılan işçi sınıfı ortaya çıkmıştır. Üretim merkezinin çiftliklerden fabrikalara kayması, kırdan kente göçü tetiklemiş ve kitle psikolojisine sahip metropoller meydana gelmiştir. Ekonomik, sosyal ve demografik alanlardaki bu dönüşüm devlet aygıtının örgütlenme biçimini, sorumluluklarını ve bunların dayandığı kodifikasyonu değişime zorlamıştır. Kuvvetler ayrılığının doğal sonucu olarak devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının ifa edilmesi sırasında özel ya da tüzel kişilere vermiş oldukları zararlar nedeniyle sorumlu olması bu gelişmelerin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bunun yanı sıra icra yetkisini kullanan yürütme organının faaliyetlerinin sonucunda devletin sorumluluğu ortaya çıkmakta ve günümüz dünyasında münferit ve sosyal yaşamın her alanına doğru genişlediği görülmektedir.

Günümüz modern dünyasında gerek bireylerin gerekse toplumların ihtiyaçlarındaki büyüme ve çeşitlenme devletin işlevlerinde de artışa neden olmuş ve bu artışa paralel olarak yönetim ile özel şahıslar arasındaki ilişkilerin geleneksel medeni hukuk kaidelerine göre çözüme kavuşturulamayacağı bir realite ve zorunluluk olarak ortaya çıkmış ve bunun tabii sonucu olarak da idarenin sorumluluğu başlı başına ve özgün bir müessese olarak hukuk sistemi içerisinde kendine yer bulmaya başlamıştır. Yönetim hukukunun özel hukuktan bağımsız bir hukuk alanı olarak kabul edilmeye başlanmasıyla birlikte devletin sorumluluk alanı ve idarenin hukuki sorumluluğu bir kamu hukuku meselesi olarak kabul edilmeye başlanmıştır. İdare hukuku olarak da isimlendirilen ve 19. yüzyılda doğan yönetim hukuku, kamuya tanınan üstünlük ve ayrıcalıklar ile

bireye tanınan hak ve hürriyetlerin dengelenmesini amaçlayan bir hukuk dalıdır (Wikipedia, 2011).

İdarenin hukuki sorumluluğu, bir müeyyide ya da cezalandırma mekanizması değil uğranılan zararın telafisini gidermeyi amaçlayan ve kamu otoritesini, iş ve işlemlerinden dolayı sorumluluk altına sokan bir süreçtir. Her ne kadar öğretilerde kimi otoritelerce devletin kusurlu sorumluluğu hukuk devleti ilkesine, kusursuz sorumluluğu da sosyal devlet ilkesine dayandırılrsa da devletin sorumlu tutulmasının, hukuk devleti ilkesinin bir yansıması olarak ortaya çıkmış bir olgu olduğu söylenebilir.

Yukarıda da yer verildiği gibi hürriyet, hukuk devleti ve demokrasi gibi enstrümanlar Rönesans ve Reform hareketleri ve 1789 Fransız ihtilalinin sonucunda ortaya çıkmış ve hukuk devleti ilkesinin benimsenmesi ile birlikte sorumluluk kavramı salt özel hukukun alanına giren bir kavram olmakla kalmamış, bu süreçle birlikte kamu hukukunda pratik alanı bulmaya başlamıştır. Kamu hukukunda önceleri yönetimin salt kusur sorumluluğu ilkesi kabul ediliyorken zamanla kusursuz sorumluluk da bu alandaki temel ilkelerden birisi haline gelmiştir. Kusursuz sorumluluk ilkesi yönetsel olgu ya da işlem/faaliyet ile zarara yol açan sonuç arasında illiyet bağının varlığı ile gelişmiş ancak değişen ve gelişen koşullar ve yeni durumlara reçete sunma noktasındaki yetersizliği nedeniyle zamanla illiyet bağının kesildiği durumlar da kapsama alınarak sosyal devlet ilkesine ulaşılmıştır (Çıldıroğlu, 2010).

Tabii gelişim çizgisi içerisinde buyurgan egemen bir devlet anlayışından hizmetkar bir devlet anlayışına doğru bir seyrin söz konusu olduğu görülmektedir. Bu da devletin sorumluluk anlayışında önemli farklılaşmaları beraberinde getirmiş, özellikle demokratik anlayışı temel alan devlet yapılanmalarında kusurlu sorumluluktan kusursuz sorumluluğa doğru genişleyen bir sorumluluk anlayışını ortaya çıkarmıştır.

### **1. İdarenin Sorumluluğu ve Gelişim Çizgisi**

Doktrinde idarenin sorumluluğunun gelişim çizgisi temel olarak iki esas dönem altında ele alınmaktadır: Bunlardan ilki idarenin sorumluluğunun kabul edilmediği on dokuzuncu yüzyıla kadar geçen dönem ve ikincisi de Fransız Devriminin ve benzer fikri akımlar sürecinin etkisiyle ortaya çıkan ve idarenin yol açtığı zararlardan sorumlu tutulduğu dönemdir (Gözler, 2006). Bilindiği gibi Ortaçağda kuvvetler ayrılığında bahsedilmediği gibi devletin, egemen kişinin mülkü olarak görülmesi de dikkate alındığında ülke topraklarının mülkiyeti ve temel devlet fonksiyonları, hükmeden kişide bir araya gelmiştir. Bu bağlamda hükümdarın kişiliğinden bağımsız olarak devletin ayrı bir tüzel kişiliğinden bahsetmeye olanak olmadığı gibi bunun doğal sonucu olarak da devletin sorumluluğundan söz etmek olası değildir. Ancak zamanla ortaya çıkan yeni fikri akımlarla birlikte mülk devlet anlayışından sapmalar olmuş ve devletin sorumluluk prensibi getirilmiştir (Atak, 2010). Ancak sorumluluğun henüz telaffuz edilmeye başlandığı ilk dönemlerde maddi bir yansımasının olduğunu söylemek güçtür. Sorumluluğun karşılığı maddi olmaktan ziyade manevidir. Bilindiği gibi klasik egemenlik yaklaşımının söz konusu olduğu bu dönemlerde genel iradenin, dolayısıyla devletin kutsal bir olgu olarak ele alınmasının sonucu olarak mutlak yanılmaz olarak kabul edilmesi nedeniyle herhangi bir zarara sebebiyet veremeyeceği ön kabulünden hareket edilmiş, dolayısıyla da

günümüzde anladığımız manada maddi bir sorumluluk altına girmemiştir (Atay, 2006).

İdarenin sorumluluğunun temelleri yukarıda da ifade edildiği gibi 18. yüzyılın en önemli fikri akımı olan Fransız İhtilalinde atıldığı söylenebilir. Bilindiği gibi ihtilali müteakiben yayınlanan ve günümüzde hala önemli bir referans olarak korunaklı alanını muhafaza eden İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile demokrasi ve insan hak ve hürriyetleri noktasında önemli gelişmeler sağlanmıştır. Bildirgede *'toplumun tüm kamu görevlilerinden görevleriyle ilgili olarak hesap sorma hakkı vardır'* ilkesinin yer bulması her ne kadar günümüz hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde anladığımız manada bir sorumluluğu öngörmese ve yalnızca kamu görevlilerinin kişisel sorumluluğunu temin etmiş olsa da bir dibace olarak önemli bir sürecin tetikleyicisi olduğunun altını çizmek gerekir. Ancak zamanla yönetsel faaliyetlerden idarenin sorumsuz olması temel ilke olarak kabul edilmeye devam etse de bazı kamusal hizmetlerin icrasından doğan zararların idare tarafından karşılanması da öngörülmeye başlanmış ve birçok idari faaliyetten doğan zararlardan dolayı Fransa Danıştay'ı kendisini yetkili görerek 1800'lü yılların ortalarından itibaren tazminat davalarının konusu olarak kabul etmeye başlamıştır. Fransız Danıştay'ı Conseil d'Etat'a 19. yüzyılın son çeyreğinde bağımsızlık tanınmasıyla birlikte uyuşmazlıklarda kesin karar verme yetkisine haiz olmaya başladıktan sonra idarenin yargısal denetimiyle ilgili olarak çok sayıda içtihadı imza atmış ve idarenin sorumluluğuna ilişkin davaları hem iptal hem de tam yargı davası konusu edip karara bağlayarak idarenin sorumluluğu ilkesinin temel yapıtaşlarını oluşturmaya başlamıştır (Atak, 2010).

Kusur sorumluluğunun ilke ve içtihatlarla kabul edilmesini müteakiben bu ilkenin, zararların karşılanması ve sorunların çözüme kavuşturulmasında yetersiz kaldığı görülmeye başlanmış ve yine Fransız Danıştay'ının kararlarıyla idarenin kusursuz sorumluluğunun önü açılmıştır. Conseil d'Etat vermiş olduğu farklı kararlarda kamu görevlilerinin kamu vazifesini ifa ederken uğradıkları zararların tazmininde öngörülebilecek riskleri aşan bazı zararlara yol açan kamusal faaliyetlerle ilgili olarak da üçüncü kişilere dönük risk ilkesine ya da bazı kararlarında kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine yer vermiştir (Atak, 2010).

### **1.1. Türk Hukuk Rejiminde Sorumluluk Hukukunun Gelişimi**

Osmanlı devlet sisteminde kamusal eylem ve faaliyetlerde bulunan kamu görevlileri tüm yetkiyi uhdesinde bulunduran padişahı temsil ve ona vekalet etmelerinden dolayı kişisel kusurları dışında bu eylem ve faaliyetlerinden dolayı sorumlu tutulmamış ve herhangi bir yargısal denetime tabi tutulmamış olsalar da divanlarda şikayet müessesesinin işletilmesi ile yargı dışı denetim yapılmıştır. 19. yüzyılın ikinci yarısında ilk kurulduğunda temel işlevi danışma olan ve sınırlı olarak da yargılama görevi yapan dönemin Danıştay'ı sayılabilecek Şura-yı Devlet uygulamalarında da anılan dönemde tefrik-i vezaif ilkesinin geçerli olmaması nedeniyle sorumluluk hukuku işlerlik kazanamamıştır. Devlet ile kişiler arasındaki davalara bakmakla görevlendirilen bu kuruluş, daha çok devlet aleyhindeki uyuşmazlıkları çözüme eğiliminde olmuştur. İl idare meclislerince verilen kararları temyizen inceleyen, halk tarafından şikayet yoluyla doğrudan müracaat edilen ve kamu görevlilerinin yargılanmasını yapan bu kuruluş, idarenin denetlenmesinde yargısal görevler de üstlenmeye başlamış ve devleti temsil eden kamu görevlilerinin yargılanabileceği anlayışını ortaya koyması nedeniyle

sorumluluk hukukunda kilometre taşı sayılabilecek önemli bir gelişmeye yol açmıştır. Fakat hemen belirtelim ki kamu görevlilerinin başta yargılanması süreci zaman içerisinde günümüzdeki memur yargılama sisteminin de esasını oluşturmuş ancak zamanla yargılama için izin mekanizmasına dönüşmüş, devlet ve eşhas arasındaki davalara bakma görevine de zaman içerisinde son verilmesiyle birlikte sorumluluk hukukunun gelişiminde durağanlık başlamıştır (Atak, 2010). Kanun-i Esasi'de getirilen yeni düzenleme ile birlikte de Şura-yı Devlet'in memur yargılama hukuku ile ilgili yetki ve görevi adli mahkemelere devredilmiş ve yargılama yetkisi sonlandırılmıştır (Şenlen, 1994).

Yukarıdan da anlaşıldığı üzere Osmanlı döneminde mutlak anlamda devletin sorumlu tutulduğu anlayışını benimseyen bir sorumluluk hukuk düzenlemesinden bahsetmek güç iken bu rejimin temellerinin atıldığı ve cumhuriyet dönemi uygulamalarına zemin hazırladığını söylemek olasıdır. Zira 1868'de Osmanlı döneminde kurulan Şura-yı Devlet mekanizmasının Cumhuriyet dönemi Anayasalarından olan 1924 Anayasasında kendisine yer bularak anayasal bir kurum haline geldiğini görmekteyiz. Anayasa tarihinden bir yıl sonra çıkarılacak olan müstakil bir yasa ile kurum müstakil bir hale getirilip Osmanlı döneminin yargı birliğinden vazgeçildiğinin ipuçlarını vermiştir. Şura-yı Devlet Kanununda ilk kez iptal davasına yer verilmiş ve tam yargı davası ismen zikredilme se de görev alanına dahil edilmiştir. Dolayısıyla idarenin sorumluluğuna, ilk kez bu kanunda yer verildiğini söylemek mümkündür. Anılan kanun ile faaliyete başlamış olan Danıştay başlarda tazminat hukukuyla ilgili biraz çekingen bir tutum takınsa da bu konuda kayda değer kararları 40'lı yıllardan itibaren vermiştir. İdarenin sorumluluğu ilkesi, 1961 Anayasası ile birlikte ilk kez anayasal düzleme taşınmış ve idarenin hiçbir eylem ve işleminin hiçbir koşulda yargı denetimi dışında tutulamayacağı açık hüküm haline getirilerek idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu açıkça zikredilmiştir.

Bu süreç aynı dönemde çıkarılan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda yapılan düzenleme ile devam etmiş ve anılan yasada kamu görevlilerinin görevlerinden dolayı kişilere vermiş oldukları zararlar için idare aleyhine açılacak tazminat davaları ile sağlanabileceği hüküm altına alınmıştır. 1961 Anayasası ile anayasal düzlemde yer alan sorumluluk hukukunun, 1982 Anayasası ile de aynı düzlemde devam ettiği görülmektedir. Anılan anayasanın birçok maddesinde konuyla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Özellikle 125. maddede açık bir şekilde idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmışken aynı anayasa hizmet kusuru ilkesini geliştirerek<sup>1</sup> kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle vermiş oldukları zararlardan dolayı idare aleyhine dava açılmasını öngörmenin yanı sıra kamu görevlisinin kişisel kusurunun olması durumunda da kendisine rücu edilmesinin önünü açan bir sistemi getirmiştir.

Danıştay zaman içerisinde verdiği karar ve geliştirdiği içtihatlarla kusurlu sorumluluktan kusursuz sorumluluğa doğru giden bir gelişim çizgisini takip ederek risk ilkesinden kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine kadar geniş bir

<sup>1</sup> 1982 AY, m.129/5.

alan içerisinde sorumluluk hukukunu şekillendirmeye başladığı görülsede yine de içtihat hukukunda bir yeknesaklıktan söz etmek mümkün değildir.

### **1.1. İdarenin Sorumluluğunun Esasları**

İdarenin sorumluluğunun esaslarının, temel olarak özel hukuktaki sorumluluk esasları üzerine kurulduğu söylenebilir. Dolayısıyla bir eylem ya da işlemde idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için tıpkı özel hukuktaki sorumluluk koşullarında olduğu gibi mutlaka ortada bir eylem, bu eylemin yol açtığı zarar ve eylem ile zarar arasında mutlaka nedensellik bağının söz konusu olması zorunluluk arz etmektedir (Çıldıroğlu, 2010).

İdarenin sorumluluk hukukunda tazminattan söz edebilmek için zararın, öncelikle idarenin eylem ve/veya işleminin sonucunda meydana gelmesi gerekmektedir. Bu tip zararlar idarenin bireysel ya da düzenleyici işlemleri sonucunda meydana gelebildiği gibi idari eylemlerde ise zararın doğabilmesi için salt icrailik koşulu aranmaz prensibi gereği, idarenin ihmal suretiyle sergilemiş olduğu bir davranışın sonucunda da meydana gelmiş olabilir.

İdarenin sorumluluğunun ikinci temel koşulu hiç şüphesiz idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan bir zararın varlığıdır ki bu zarar, zarar gördüğünü iddia eden davacı tarafından kanıtlanmalıdır ve mutlaka kişiye özgü ve özel nitelikte olmalı ve hukuki anlamda korunan bir duruma ilişkin olmalı dolayısıyla zarar gördüğünü iddia eden kişi/kişiler ile zarar arasında mutlaka yasal bir ilişkinin varlığı gerekmektedir. Bu zarar farklı şekillerde ortaya çıkabilmekte ve literatürde maddi-manevi zarar, mal varlığı ya da şahıs varlığı zararları, doğrudan veya dolaylı zarar ya da fiili zarar ya da kazanç kaybı şeklinde kendisine yer bulmaktadır.

İdari sorumluluk hukuku bağlamında bir zarardan söz edebilmek için zararın halihazırda doğmuş ya da yakın gelecekte ve/veya gelecekte ortaya çıkmasının kesin olması zorunluluğu bulunmakta ve zararın parayla ölçülebilir bir nitelik taşıması gerekmektedir. (Atak, 2010)

Nihayet idarenin sorumluluğunun son şartı nedensellik bağının varlığıdır. Türk sorumluluk hukuku kapsamında tazminatı gerektiren bir borçtan söz edebilmek için mutlaka idarenin eylem/işlemi ile zarar arasında nedensellik bağının varlığı gerekmektedir. Yani zarar doğrudan idare tarafından tesis edilen düzenleyici ya da belirleyici bir işlem ve/veya icrai ya da ihmali nitelik taşıyan bir davranışının sonucunda meydana gelmiş olmalıdır ve özellikle kusursuz sorumluluğun belirlenmesinde asıl belirleyici bileşendir. Ancak mücbir sebep, beklenmeyen durum, üçüncü kişi veya zarar gördüğünü iddia eden kişinin davranışı olarak ifade edilen durumlarda nedenselliğin kısmen ya da tamamen ortadan kalkabileceği durumlar söz konusu olabilir ve bunun sonucunda da idarenin sorumluluğu kısmen ya da tamamen ortadan kalkabilmektedir (Çıldıroğlu, 2010).

### **1.3. İdarenin Sorumluluğunun Görünümleri ve Kusursuz Sorumluluk**

İdarenin sorumluluğunu genel olarak iki temel tasnife tabi tutmak mümkündür. Bunlardan ilki idarenin özel hukuk sorumluluğu, ikincisi ise idarenin idari anlamdaki sorumluluğudur (Gözler, 2006).

İdarenin özel hukuk hükümleri çerçevesinde ele alınan ve bu anlamda ortaya çıkan uyuşmazlıkların genel adli mercilerde görüldüğü sorumluluk türü idarenin özel hukuk sorumluluğunu ifade etmektedir ve ortaya çıkan zararlar özel hukuk disiplini çerçevesinde tazmin edilir (Erdoğan, 2011).

İdarenin idari sorumluluğu ise idarenin kamu hukuku çerçevesinde ortaya çıkan eylem ve işlemleri bağlamında söz konusu olmaktadır ve uyuşmazlıkların çözüm mercii idari yargıdır. Dolayısıyla ortaya çıktığı iddia edilen ve idarenin eylem ya da işlemlerine isnat edilen zararlar özel hukuk hükümlerine göre değil kamu hukuku disiplinine göre çözüme kavuşturulmaktadır ve bunun doğal sonucu olarak da böyle bir zararın idari yargı mercilerince çözülebilmesi için zararın idarenin kamu hukukuna tabi bir düzenleyici ya da belirleyici bir işlemi ya da eylemi sonucunda meydana gelmesi şarttır (Gözler, 2006).

İdari sorumluluk temel olarak kusur sorumluluğu ve objektif sorumluluk olarak ifade edilen kusursuz sorumluluk olarak tasnif edilmektedir.

Kusurlu sorumluluk, kusurlu ya da hukuka aykırı bir davranışla kişi ya da kişilere verilen zararın tazmin edilmesini öngören bir sorumluluktur ve bilindiği gibi özel hukuk temel olarak sorumluluğun kusura dayandığı bir sistemi benimsemiştir. İdarenin kusura dayanan bir eylem/işlemi sonucunda ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi bağlamındaki mükellefiyet ise idarenin kusur sorumluluğudur ve hizmet kusuru ile kişisel kusur ilkelerine dayanmaktadır. Hizmet kusuru sayılan haller sırasıyla hizmetin kötüye işlemesi, hizmetin geç işlemesi ya da hizmetin hiç işlememesi durumlarıdır. Kişisel kusur ise hizmetten ayrılabilen kusur olarak tanımlanmaktadır ve kamu hizmetlerini yürütmekte olan kamu görevlilerinin kamu hizmetiyle ilgili olamayan kusurlu eylem ve işlemlerinden dolayı ortaya çıkan kusur kavramıdır (Gözübüyük & Tan, 2008).

Kusursuz sorumluluk ise başta devlet olmak üzere diğer kamu tüzel kişilerinin günümüzün hızla gelişen dünyasında sosyal yaşama daha fazla müdahale etmesi ve her geçen gün görev ve yetki alanlarının çoğalmasının sonucunda ortaya çıkan bir sorumluluk alanıdır ve idarenin hukuk çerçevesinde ortaya çıkan eylem ve işlemlerinin sonucunda meydana gelen zararlardan dolayı kusurlu olup olmamasının aranmadığı bir hukuksal mekanizmadır.

Kusursuz sorumluluk, idarenin sorumluluk hukuku çerçevesinde prensip değil istisnai bir sorumluluk alanıdır. Dolayısıyla sorumluluk hukukunda esas olan idarenin kusurlu sorumluluğudur. Kusursuz sorumlulukta idarenin zarardan sorumlu tutulabilmesi için idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka aykırı olması gibi bir zorunluluk söz konusu değildir. Kusursuz sorumluluk rejiminde ispat mükellefiyeti zarar gördüğünü iddia eden kişide değildir ve müddei idarenin kusurlu olduğunu ispat edemese ya da idare kusursuz olduğunu ispat edebilse bile sorumluluktan kurtulamaz. Dolayısıyla bu tip bir rejimde idari eylem ya da işlem ile ortaya çıkan zarar arasından yeterli illiyet bağının ortaya konulması yeterlidir. Bu durumun tek istisnası zarara uğrayan kişinin kusuru veya mücbir bir sebebin ortaya çıkmasıdır. Yargı mercilerinde görülmekte olan uyuşmazlıklarda, kusursuz sorumluluğun tespiti davaya bakmakta olan yargı mercilerince belirlenmelidir ve taraflardan birisi bu durumu dillendirmese bile kusursuz sorumluluğun varlığı mahkemece re ‘sen gözetilmelidir (Erdoğan, 2011).

İdarenin sorumluluğunun koşulları; eylem, zarar ve illiyet bağının varlığıdır. İdare hukukunda idarenin sorumluluğundan söz edilebilmesi için ortaya

çıkan zararın mutlaka idari işlem ya da eylemin sonucunda ortaya çıkması gerekmektedir. Bilindiği gibi idarenin sorumluluğu temel olarak kusur esasına göre dizayn edilmiştir ve illiyet bağı gerek kusurlu gerekse kusursuz sorumluluk durumlarında aranan bir koşul iken kusursuz sorumluluk için asıl belirleyici unsur olmaktadır. Ancak aşağıda sosyal risk ilkesinin izahatı sırasında üzerinde detaylı durulacağı gibi Danıştay içtihatlarıyla zarar ve kamusal eylem ya da işlem arasında illiyet bağının aranmadığı ve tazmin için illiyet bağı şartının aranmadığı tek istisnai durum sosyal risk olarak ele alınmış ve kolektif sorumluluk ilkesi gereği sosyal risk durumunda sorumluluğun doğması için illiyet bağını gerekli görmemiş ve kişisel ve olağandışı zararların mevcudiyetini yeterli görmüştür<sup>2</sup>.

### 1.3.1. Kusursuz Sorumluluğun Normatif Temelleri

Temel olarak idarenin kusur sorumluluğunun esas alındığı liberal hukuk devletten ‘adalet ve hakkaniyet’ esaslarını temel alan sosyal devlete geçişle birlikte –*ki bilindiği gibi Anayasanın ikinci maddesi Türkiye Cumhuriyetinin sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgusunu yapmıştır*- kusur sorumluluğu yerine kusursuz sorumluluk esas alınmaya başlanmıştır. Yukarıda da ifade edildiği gibi 1961 Anayasası’ndan sonra sosyal devlet anayasal ilke haline gelmiştir.

Anayasanın 125. maddesinin ilk fıkrası idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açan ve hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan düzenlemeyi ve aynı maddenin son fıkrası da idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu hükmünü getirmiştir. Hükümden de anlaşıldığı üzere idarenin eylem ve işlemlerinin sebebiyet verdiği zararların tazmininde takdir yetkisi yoktur ve idarenin sorumluluğunun hangi durumda kusura, hangi durumda kusursuz sorumluluğa dayanacağı yasama organının belirleyeceği alan içerisinde belirlenecektir. Yasama organınca belirlenmeyen alan ise yargı mercilerinin içtihat ve hükümleriyle belirlenmeye çalışılmaktadır.

Anayasa’nın 40. maddesinin 3. fıkrası kamu görevlileri tarafından sebebiyet verilen haksız işlemler sonucunda kişilerin uğradıkları zararların da devlet tarafından tazmin edilmesi gerektiği ve devletin sorumlu kamu görevlisine rücu hakkının saklı olduğu hükmünü getirmiştir. Yine Anayasa’nın 129. maddesinin 5. fıkrası memurlar ve kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı söz konusu olan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek koşuluyla ve kanun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak yalnızca idare aleyhine açılabilmesini hükme bağlamıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun<sup>3</sup> ‘*Kişilerin Uğradıkları Zararlar*’ başlıklı 13. maddesi de sorumlulukla ilgili düzenlemeler yapmıştır.

Madde 13 şu şekildedir:

*“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 kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, ceza*

<sup>2</sup> Danıştay 10. Daire, Esas No:1996/9012, Karar No: 1997/6164.

<sup>3</sup> Resmi Gazete Tarih : 23/07/1965, Sayı: 12056.

*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.”*

Ayrıca 12. maddeyle 13. maddede belirtilen zararların çeşidi, miktarları, tespiti, takibi ve amirlerin sorumlulukları ile yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususların Başbakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği 13. maddenin son fıkrasında belirlenmiş ve anılan yönetmelik 1983 tarihinde yayımlanmıştır.

Ancak hemen belirtilmelidir ki 657 sayılı kanunun idarenin kusursuz sorumluluğu konusunda herhangi bir düzenleme yapıp yapmadığı hususu net değildir. Doktrinde kimi otoritelerce bu husus net bir şekilde reddedilirken kimilerine göre ise kamu görevlisinin görev kusurları nedeniyle sadece ilgili kuruma karşı dava açılabilmesinin kusursuz sorumluluk anlamına geldiğine vurgu yapmaktadırlar (Köksal, 2009).

Bunun yanı sıra mesleki risk esasından dolayı bazı kamu görevlilerine tazminat ödenmesini öngören kimi yasal düzenlemeler de yapılmıştır. Bunlar arasında 5434 sayılı TC Emekli Sandığı Kanunu<sup>4</sup>, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu<sup>5</sup> ve 6831 sayılı Orman Kanunu<sup>6</sup> gösterilebilir. Ancak devletin müdahale alanı ve sosyal yaşamın ihtiyaçları geliştikçe bu alanda yeni koşullar doğrultusunda yeni düzenlemeler yapılmıştır. Özellikle terör olaylarının sonucunda bu tür düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Bunlar arasında şu düzenlemeler gösterilebilir: 1992 tarih ve 3838 sayılı yasa<sup>7</sup> ile Şırnak ve Çukurca'da meydana gelen terör eylemleri ve terörist saldırılar sonucunda ortaya çıkan zararların devlet tarafında tazmini öngörülmüş ve bu eylem/saldırıların sonucunda özel ya da tüzel kişilere ait her türlü binaya ilişkin zararların karşılanması hüküm altına alınmıştır. Ancak hemen belirtelim ki anılan bu düzenleme genel bir düzenleme değil salt spesifik bir olaydan hareketle yapılmış bir yasal düzenlemedir (Erdoğan, 2011).

Bir diğer yasal düzenleme ise terör eylemleri ve saldırılarına maruz kalan kişilerin ortaya çıkan zararlarının devletçe karşılanmasını öngören 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanundur<sup>8</sup> ve genel anlamda kamu görevlilerinin zararlarının karşılanması öngörülmüş olsa da kamu hizmetinin görülmesinin yardımcı olan kişiler ile kamu görevlilerinin yakınları da kapsama alınmış, ancak netice itibarıyla kanun kapsamı genele teşmil edilememiştir.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun<sup>9</sup> 1, 3 ve 4. maddeleri kapsamına giren eylemler ve terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle

<sup>4</sup> Resmi Gazete Tarih: 17.06.1949, Sayı: 7235.

<sup>5</sup> Resmi Gazete Tarih: 29,30,31/07/1964-01/08/1964, Sayı: 11766-11779.

<sup>6</sup> Resmi Gazete Tarih: 8/9/1956, Sayı: 9402.

<sup>7</sup> Resmi Gazete Tarih: 05/09/1992, Sayı: 21336.

<sup>8</sup> Resmi Gazete Tarih: 06/11/1980, Sayı: 17152.

<sup>9</sup> Resmi Gazete:12/04/1991, Sayı: 20843 Mükerrer.

ortaya çıkan zararlardan dolayı devletin kusursuz sorumluluğunu öngören en genel ve güncel yasal düzenleme hiç kuşkusuz 2004 tarihli 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanundur. Yakın geçmişte özellikle Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerinde yaşanan terör olayları nedeniyle birçok kişinin özellikle 90'lı yıllardan sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Türkiye aleyhine dava açmaları, bu yasanın hazırlanmasında katalizör etkide bulunmuştur. Türkiye her ne kadar bu davalarda iç hukuk başvuru süreçleri tüketilmeksizin başvuru yapıldığı argüman ve iddiasını dillendirse de AIHM, Türkiye'nin bu savını reddetmiştir. AIHM'nin bu tutumundan sonra iç hukuk başvuru süreci takip edilmeksizin yapılan pek çok başvuru Türkiye için ciddi mali külfetleri de beraberinde getirmiştir. Bu sakıncaları bertaraf etmek için yasama organı bu zararların tazmini için iç yargı yollarına başvurmaya gerek kalmaksızın idare tarafından kısa sürede sulhen çözüm sağlanması için 5233 sayılı kanunu yasalaştırmıştır.

### **1.3.2. Kusursuz Sorumluluk İlkeleri**

İdarenin sorumluluğunda ilk başlarda kusur esaslı sorumluluk kabul ediliyorken bu yaklaşımın yetersiz kalması sonucundaki arayışlarla birlikte kusursuz sorumluluk ilkesi yargı kararlarıyla bir çıkış yolu olarak görülmeye başlanarak zaman içerisinde normatif düzenlemelerde yer almaya başlamıştır ve iki temel ilkeye dayandırılmıştır. Bunlar sırasıyla risk olarak da adlandırılan tehlike ilkesi ile kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesidir.

Kamusal hizmetlerin yürütümü sırasında yürütülmekte olan işin doğası gereği idarenin tehlikeli faaliyetlere başvurması ya da tehlikeli araçlar kullanması zaruri olabilir. Bu iş yürütümü sırasında idarenin faaliyeti ile zarar arasında nedensellik bağı kurulmuşsa idarenin kusuruna bakılmaksızın bu ilke gereği idare tazminle mükellef olacaktır.

Tehlike ya da risk ilkesi, tehlikeli şeylerin kullanımı, tehlikeli yöntemler, tehlikeli durumlar, mesleki risk ve sosyal riskten oluşmaktadır. İdare tarafından kullanılan ve zarara yol açma potansiyeline sahip tehlike barındıran araçları ile tehlikeli maddeler, tehlikeli şeyler olarak ifade edilmektedir. Ancak idarenin kullandığı araçlar değil de başvurulmuş yöntemler tehlike ve risk barındırıyorsa bu tarz yöntemlerin kullanılması sonucunda ortaya çıkan zararlar da idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında değerlendirilmektedir. Kamu hizmetinin yürütümü ya da bir kamu hizmetinden dolayı kamu çalışanlarının zarara uğraması mesleki risk kapsamında değerlendirilmektedir ve kusursuz sorumluluk rejimi kapsamında tazmin edilmektedir. Kamu hizmetlerine gönüllü katılanlar ile idari işbirlikçilerin uğradıkları zararlar da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ancak bu tip durumlarda yardım talebinin mutlaka idare tarafından yapılması, gönüllü yardımcının müdahalesinin durumun aciliyeti nedeniyle zorunlu olması ve herhangi bir menfaat gözetilmemesi esastır (Çıldıroğlu, 2010).

Risk sorumluluğu genel olarak şu şekilde tasnif edilebilir: i-Tehlikeli Şeyler: Patlayıcı maddeler, tehlikeli aletler ve ateşli silahlar, tehlikeli bayındırlık eserleri, sağlık hizmetleri ve tehlikeli taşıtlar, ii-Tehlikeli Yöntemler, iii-Tehlikeli Durumlar, iv-Mesleki Riskler, v-İdarenin Arızı İşbirlikçilerinin Uğradığı Zararlar, vii-Sosyal Risk: Sosyal olaylarda sorumluluk ve terör olaylarında sorumluluk (Köksal, 2009).

Fedakarlığın Denkleştirilmesi olarak da isimlendirilen Kamu külfetleri karşısında Eşitlik İlkesi, yönetimin hukuki olmaması ya da yönetimin vermiş olduğu hizmetin kusurlu olmasından kaynaklanan bir durumla ortaya çıkmaz. İdarenin kötü işlemesi söz konusu olmasa dahi, salt idarenin eylemi ya da işlemi neticesinde de kişiler zarara maruz kalabilirler. İlham kaynağı, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin eşitlik yaklaşımı olan bu ilke temel olarak nimet ve avantajlarının tüm toplum bireyleri/grupları tarafından paylaşılan ya da yararlanılan idarenin eylem ve işlemleri sonucunda ortaya çıkan yükümlülük ya da dezavantajların salt belli kişi ya da kişiler üzerinde bırakılmasının hakkaniyete uygun olmayacağı ve bu nedenle de bu kişi ve grupların uğramış oldukları zararların idarenin herhangi bir kusuru olmasa bile idare tarafından tazmin edilmesini öngörmektedir.

### **1.3.3. Sosyal Risk İlkesi ve Bir Sosyal Risk Sorunsalı Olarak Terörizm**

Toplumsal değişim ve dönüşümle birlikte meydana gelen yeni tehlike durumları ve onların ortaya çıkardığı zararlı sonuçlara toplumdaki tüm bireylerin değil sadece bir kısmının maruz kalması ya da bu sonuçlara katlanıyor olmaları hakkaniyet ve adalet anlayışı ile örtüşmediği yaklaşımından hareketle bu zararların, sosyal yaşam için zarara maruz kalan bu kişilerce değil devlet tarafından karşılanmasının adalet anlayışına uygun olduğundan hareketle sosyal risk ilkesi geliştirilmiştir. Kitlesele kargaşa hareketleri ve terör saldırıları gibi eylemlerde bu hareketlerin ortaya çıkmasında hiçbir şekilde kusuru olmayan bireylerin sorumlu tutulmasının, hakkaniyete aykırı olacağı savı nedeniyle idarenin kusursuz olarak sorumlu tutulmasını sağlayan bir ilkedir.

Sosyal risk ilkesinin temel özellikleri şu şekilde sıralanabilir: Zararlı idarenin eylem ya da işlemi arasında illiyet bağının bulunmasının zorunlu olmaması, zararın idare tarafından engellenemeyen ya da engellenmesinin muhtemel daha büyük zararlara yol açabileceği varsayılan tehlikelere neden olması, zararın toplumsal olarak bir arada bulunmak durumunda olan bireylerin bir arada yaşamalarının kaçınılmaz sonucu olarak ortaya çıkmasıdır.

İlk olarak Fransa'da savaşın meydana getirdiği zararların idarece tazmin edilmesi amacıyla uygulanan (Akyılmaz, 2011) bu ilkeyi, diğer kusursuz sorumluluk durumlarından ayıran temel ayırt edici nitelik, zararın ortaya çıkışına sebebiyet veren eylem ya da işlem idarenin faaliyetlerinden, işlemlerinden, tehlikeli araç ya da yöntemlerinden ya da kamu görevlilerinin eylem ve işlemlerinden değil, tamamen idare dışındaki kişi ya da organizasyonların idare tarafından engellenemeyen ya da engellenmesi daha büyük zararların oluşumunda sebebiyet verebilecek olan tutumlardan oluşmaktadır ve sosyal risk ilkesine temel olan hadiselerin oluşturduğu tehlike salt belli birey ya da gruplara değil toplumdaki herkese yöneliktir (Çıldıroğlu, 2010) ve 1993 yılından bu yana ülkemizde terör olayları sonucu ortaya çıkan zararların tazmini, sosyal risk ilkesi bağlamında devletin sorumluluğu altında görülmeye başlanmıştır<sup>10</sup>. İlke, her ne kadar ağırlıklı olarak 1993 yılından sonra Danıştay içtihatları ile şekillenmeye başlasa da Akyılmaz'a göre ülkemizde 1980'li yıllarda yoğunlaşan terör eylemleri için idarenin sorumlu tutulmasının mesnedi olarak kullanılagelmiştir. Daha çok

<sup>10</sup> Danıştay 10. Dairesi, Tarih:13.10.1993, Esas No: 1992/3372, Karar No: 1993/3777.

yargı içtihatlarıyla gelişen bu ilke, normatif düzenlemelere de konu olmuştur. Ülkemiz pratiğine göz atıldığında 6-7 Eylül 1955 yılında İstanbul ve İzmir’de meydana gelen toplumsal kargaşa olaylarında zarara uğrayan kişilerin zararlarını tazminini öngören 28 Şubat 1956 tarih ve 6684 sayılı kanun ile Şırnak ve Çukurcu’da terörist eylemler sonucu meydana gelen zararlarının idarece tazmin edilmesini öngören 1992 tarih ve 3838 sayılı kanun, sosyal riskin başlıca örnekleridir (Akyılmaz, 2011). Ancak hemen belirtelim ki anılan tüm bu normatif düzenlemeler spesifik olaylar üzerine dar kapsamlı düzenlemeler olarak kalmıştır. Bu ilke çerçevesinde yapılan en genel düzenleyici işlemler 2004 tarihinde yasalaşan 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun ve ilgili yönetmelik ile 6831 sayılı Orman Kanununa dayanılarak yapılan bir değişiklik ile hazırlanmış olan Orman Yangınlarını Söndürme Çalışmaları Esnasında Ölenlere ve Sakatlananlara Ödenecek Tazminata İlişkin Yönetmeliktir (Akyılmaz, 2011).

Ancak ülke koşulları ve konjonktürel gelişim seyri düşünüldüğünde sosyal risk ilkesinin en fazla uygulandığı alanın rahatlıkla terör eylemleri ya da terörle mücadele sonucunda ortaya çıkan zararların karşılanması olduğu söylenebilir. Yukarıda da ifade edildiği gibi Türkiye pratiğinde zaten sosyal risk ilkesinin uygulanmaya başlaması, terör olaylarının ve terörle mücadelenin yoğun bir şekilde artışına paralel olarak gelişmiştir.

Zaman içerisinde Danıştay tarafından verilen kararlarla sosyal risk ilkesi belirginleşmeye başlamıştır. Danıştay, bir kamusal hizmetin yürütümü sırasında fertlerin uğradığı özel ve olağandışı zararların idare tarafından karşılanması zorunluluğunu, Türkiye Cumhuriyeti’nin hukuk devleti ilkesinin sonucu olarak idare hukukunun ilkeleri arasında görmüş ve idarenin sorumlu olabilmesi için kusur koşulu olmaksızın da sorumlu olabileceğini vurgulamıştır. İdarenin sorumlu tutulabilmesi için idari eylem/işlem ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının kurulabildiği zararların idarece tazmin edilmesi gerektiğini belirtmiş ve bu durumu kural olarak ele almıştır. Fakat bu kuralın istisnası olarak, idarenin faaliyet kapsamında olup önlemekle mükellef olduğu halde önleyemediği bazı zararların da illiyet bağı olmaksızın idarece tazmin edilmesi gerektiğini hükme bağlamış ve kolektif sorumluluk anlayışına dayanan bu ilkeyi bilimsel ve yargısal içtihatlarla sosyal risk olarak kabul etmiştir. Türkiye’nin belli bölgelerinde yoğunlaşan devlete yönelik ve devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçlayan terör olayları nedeniyle zarar gören kişiler ve kurumlar, kendilerine dönük kişisel bir husumetten dolayı bu zarara uğramadıklarının bilindiği ve söz konusu edilen bu eylemler nedeniyle zarara uğrayan ve terörist eylemlere herhangi bir şekilde katılmamış olan kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucunda değil, toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşa nedeniyle ve o toplum içerisinde yaşayan bir birey oldukları için zarar görmektedirler. Dolayısıyla Danıştay, bu şekilde ortaya çıkan zararların özel ve olağan dışı niteliklerini dikkate alarak illiyet bağı aranmaksızın terörist eylem ya da olayları önlemekle mükellef olduğu halde önleyemeyen idare tarafından sosyal risk ilkesi gereği ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi gerekmektedir. Bu tip durumlarda, idarenin hizmet kusurunun olmadığı saptansa bile olağanüstü durumların yürürlükte olduğu bir zaman ve mekanda ortaya çıkan olağandışı zararların sosyal risk ilkesinin gereği olarak

idare tarafından tazmin edilmesinin zorunlu olduğuna vurgu yapılmıştır<sup>11</sup>. Yine farklı bir kararında Danıştay, kamu görevlisi olarak görev yapmakta iken terörist bir saldırı sonucunda şehit edilen şahsın yakınları tarafından açılan ve uğranılan zararın karşılanması konulu davada da benzer bir tutum geliştirmiş ve ülkenin belli bir coğrafyasında devlete dönük ve anayasal düzeni yıkmayı hedefleyen terör eylemleri sonucu, kendi kusur ve eylemleri nedeniyle değil, salt o dönem ve mekanda toplumun bir bireyi olduğu için çıkan sosyal kargaşa sonucunda kişinin şehit edilmesi sonucunda uğranılan zararın sosyal risk ilkesi gereği, terör olaylarını önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idare tarafından tazmin edilmesinin zorunluluğuna işaret etmiştir<sup>12</sup>. Yine benzer başka bir kararında Danıştay, terörist saldırı sonucunda bazı binaları ve hayvanlarından dolayı zarara uğrayan kişinin uğradığı olağandışı zararın da sosyal risk ilkesi gereği karşılanması gerektiğine hükmetmiştir<sup>13</sup>.

Ancak son dönemlerde Danıştay'ın tutumunda bir takım farklılıkların ortaya çıktığını söylemek de mümkündür. Özellikle terör olayları sonucunda köyü terk etmek zorunda kalanların malvarlıklarına ulaşamaması nedeniyle uğradıkları zararın, sadece köyün idarece veya köy halkı tarafından tamamen boşaltılması halinde ve köyün boşaltılmasından köye dönüşün başladığı tarihe kadar geçen süreçle sınırlı olarak tazmininin mümkün olduğuna hükmeden ya da idari işlemin iptali amacıyla açılan davalarda idarece köyün tamamen boşalıp boşalmadığının tespit edilmesi üzerine karar verilmesi gerektiği yönünde Danıştay kararları bulunmaktadır<sup>14</sup>.

Danıştay sosyal risk ilkesinin kapsamını çok keskin çizgilerle belirlememiş, kimi kararlarında bu ilkeyi tıpkı kusurlu ya da kusursuz sorumluluk gibi idarenin sorumluluğunun bir türevi olarak görmüş<sup>15</sup>, kimi kararlarında ise kusursuz sorumluluk yaklaşımının ayrıksı bir durumu olarak ele almıştır<sup>16</sup>.

Danıştay'ın yukarıda ifade edilen sosyal risk bağlamında vermiş olduğu tazmin kararları doktrinde bazı otoritelerce eleştirilmektedir. Örneğin Gözler, verilen kararlarda yer alan idarenin faaliyet alanıyla ilgili önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da illiyet bağı aranmaksızın tazmin etmesi gerektiği ifadesinin yanlış olduğu gerekçesiyle bu karara katılmamaktadır. Ona göre illiyet bağı aranmaksızın idarenin sorumluluğuna hükmetmek mümkün değildir ve sorumluluk için illiyet bağının aranmasının genel sorumluluk hukukunun bir gereği olduğuna vurgu yapmıştır. Kararlarda yer verilen kolektif sorumluluk yaklaşımının idarenin mali sorumluluğunda yeri olmadığı ve dolayısıyla sosyal risk ilkesinin dayanağı olarak da gösterilemeyeceği kanaatinde ve Fransız uygulamasındaki sosyal risk ilkesinin terörist saldırılarda kullanılmasını da doğru bulmamaktadır (Akyılmaz, 2011).

<sup>11</sup> Danıştay 10. Dairesi, Esas No:1992/3372, Karar No: 1993/3777.

<sup>12</sup> Danıştay 10. Dairesi, Esas No: 1996/10146, Karar No: 1998/2344.

<sup>13</sup> Danıştay 10. Dairesi, Esas No: 1995/2388, Karar No: 1996/5893.

<sup>14</sup> Danıştay 10. Dairesi, Esas No: 2008/5548, Karar No: 2008/9733.

Danıştay 10. Dairesi, Esas No: 2008/8806, Karar No: 2009/1432.

Danıştay 10. Dairesi, Esas No: 2008/8857, Karar No: 2009/1437.

<sup>15</sup> Danıştay 10. Dairesi, Esas No: 2004/7285, Karar No: 2007/212.

<sup>16</sup> Danıştay 10. Dairesi, Esas No: 1992/3372, Karar No: 1993/3777.

## 2. 5233 Sayılı Kanun ve Uygulaması

27 Temmuz 2004 tarihinde kabul edilen yasa ve 20 Ekim 2004 tarihinde yürürlüğe giren yönetmelik hiç kuşkusuz Türk İdare Hukukunda önemli bir yapıtaş ve milat niteliğinde düzenleyici işlemlerdir. OHAL sürecinde yaşanan travmayı tamir etmek ve bu anlamda ortaya çıkan mağduriyetleri adli ya da idari hukuk mekanizmaları yerine doğrudan idari süreç içerisinde daha kısa sürede bitirebilmek ve gerek Türkiye'nin AB üyeliği ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde açılan davalar açısından atılmış önemli bir adımdır.

### 2.1. Kanunun Genel Gerekçesi

Kanunun genel gerekçesinde yasanın normatif temeli '*Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten ve Anayasa metnine dahil olan Başlangıç Kısmında "Topluca Türk vatandaşlarının millî gurur ve iftiharlarda, millî sevinç ve kederlerde, millî varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu..."*' şeklinde belirtilmiş; Cumhuriyetin niteliklerini gösteren Anayasanın 2. maddesinde ise '*Türkiye Cumhuriyetinin toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı... sosyal bir hukuk devleti*' olduğu şeklinde vurgulanmıştır (www.tbmm.gov.tr, 2004).

Yukarıda da ana hatlarıyla ifade edildiği gibi hukuk rejimimizde kural olarak idarenin sorumluluğu kusur ilkesine dayanmaktadır ve objektif sorumluluk esasına dayanan sosyal risk ilkesi bilimsel ve yargısal içtihatlarla bu kuralın istisnası olarak kabul edilmiş ve idarenin önlemekle mükellef olduğu ancak önleyemediği bir takım zararların illiyet bağı ya da kusur koşulu aranmaksızın tazmin edilmesini öngörmektedir.

Kanunun genel gerekçesi ifade edilirken terör eylemlerinden zarar gören kişilerin zararlarının hangi gerekçelerle tazmin edilmesi gerektiğine şu şekilde yer verilmiştir: '*Temelde Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçlayan terör eylemlerinin zarar gören kişilere karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmektedir. Terör eylemlerine hedef olan kişiler kendi kusur ve fiilleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olarak zarar görmektedirler. Devleti ve toplumu hedef alan fiillerden doğan zararın mağdur kişinin üzerinde bırakılması, hak ve nasafet kurallarıyla bağdaşmaz. Ortaya çıkan zararın paylaşılması, toplumun diğer kesimleri ile zarara uğramış kişiler arasında fedakarlığın denkleştirilmesi, hakkaniyet ve sosyal hukuk devleti ilkelerinin bir gereğidir. Kişilere verilen zararlar, ister terör örgütlerinin eylemlerinden, ister terörle mücadele sırasında Devletçe alınan tedbirlerden kaynaklanmış olsun; bu zararların belirtilen ilkeler uyarınca karşılanması, Devlete olan güveni pekiştirecek; vatandaş-devlet kaynaşmasını artıracak, terörle mücadeleye ve toplumsal barışa önemli katkıda bulunacaktır. Terörle mücadelede Türk Silahlı Kuvvetlerinin ve güvenlik güçlerinin kazandığı olağanüstü başarının sosyal ve ekonomik tedbirlerle desteklenmesi zorunluluğu toplumumuzun bütün kesimlerince kabul edilmektedir*'.

Kanunun genel gerekçesinden de anlaşıldığı üzere bu düzenleme ile birlikte bir yandan terör eylemleri ve terörle mücadele kapsamındaki faaliyetlerden zarar gören kişilerin zararlarının tazmin edilmesi suretiyle toplumsal barışın tesis edilmesi hedeflenirken öte yandan Bakanlar Kurulunun

*‘Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar’ın<sup>17</sup> ‘Yargının işlevselliği ve kapasitesinin artırılması suretiyle etkin bir yargı sisteminin tesis edilmesi’ başlığı altındaki (24.14.1.1.) numaralı tablodaki 18 inci sırada yer alan Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun Tasarısı’nın beklenen yürürlük tarihi belirlenmiş ve tüm bu çalışmalar neticesinde terör eylemlerinin ülkemizde yoğun olarak yaşandığı 1987 ile 2002 tarihi arasında terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütölen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin maddi zararlarının yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan sulhen ve en kısa sürede çözölmeginin yolunun açılması amacıyla bu yasa hazırlanmıştır (www.tbmm.gov.tr, 2004).*

Kanunun birinci madde gerekçesi, anayasal düzeni ortadan kaldırmayı amaçlayan terörist faaliyetlerin yoğunlaşması üzerine, terör eylemleriyle daha etkin bir mücadele yapabilmek için 19 Temmuz 1987 tarihinde yürürlüğe giren bir kararname ile kurularak 30 Kasım 2002 tarihine kadar süren olağanüstü hal kapsamındaki illerde meydana gelen terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütölen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin zararlarının karşılanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek olarak ifade edilmiştir.

## **2.2. İçişleri Komisyonu Raporu**

Kanunla ilgili olarak TBMM’ye sunulan İçişleri Komisyon raporunda<sup>18</sup> ise tasarı ile 19.7.1987 tarihi ile 30.11.2002 tarihi arasında OHAL ilan edilen illerde terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütölen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin uğradıkları zararların tazmin edilmesinin amaçlandığı ifade edilmiş ve tasarinın tümü üzerinde yapılan görüşmeler sırasında, hükümet adına yapılan tamamlayıcı açıklamalarda tasarinın *‘AB Ulusal Programı çerçevesinde hazırlandığı ve 2004 yılı acil eylem planı içinde yer aldığı, tasarinın kanunlaşmasıyla terör olayları nedeniyle zarara uğradığını beyan ederek başvuran kişilerin, kurulacak zarar tespit komisyonlarına tebligat yolu ile davet edileceği, bu kişilerin tespit edilen zararı kabul etmeleri halinde sulhname düzenleneceği ve bu kişilere yargı yolunun kapanacağı, sulh yolunu kabul etmeyenlere ise yargı yolunun açık olacağı, zarar tespit komisyonlarında yeniden görüşme yapılmasının öngörölmediği, en kritik işlem olan bu zararın saptanmasında zarar tespit komisyonlarının tüm kurum ve kuruluşlardan faydalanma yoluna gideceği, devletin, sigorta kuruluşlarının, sosyal yardımlaşma ve dayanışma fonlarının ve AIHM’nin kararları uyarınca daha önce bir şekilde ayni ve maddi olarak karşılanan zararların tespit edilen miktarlardan mahsup edileceği, başvuru tarihinin kanunun yayımını takip eden bir yıl olarak belirlendiği ve bu tarihin mücbir sebeplerin varlığı halinde valiliklerce bir yıl uzatılabileceği, zarar tespit komisyonlarının altı ay içinde karar vereceği ve bu sürenin gerekirse üç ay daha uzatılabileceği, zararların devlet tarafından karşılanmasından sonra, devlete, ilgili ve sorumlu kişilere rücu imkanının verildiği’* ifade edilmiştir (www.tbmm.gov.tr, 2004).

<sup>17</sup> 23.06.2003 tarihli ve 2003/5930 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, 24.07.2003 tarihli ve 25178 mükerrer sayılı Resmi Gazete.

<sup>18</sup> TBMM İçişleri Komisyonu, 10.06.2004, Esas No: 1/793, Karar No: 69.

Tasarıyla ilgili olarak İçişleri Komisyon üyelerince alan sorunu, zaman sorunu, zararın türü, zararın tespiti, zarar tespit komisyonlarının yapısı ve terörle mücadelede görevliler başlıkları altında birtakım eleştiriler getirilmiştir.

Kanun tasarısında sadece OHAL kapsamındaki illerde meydana gelen zararların karşılanması öngörülmüş olmasına karşın sadece bölgelerde değil bölgeye çok uzak yerleşim yerlerinde de terör olaylarının meydana gelmiş olması nedeniyle komisyon, alan sorunu başlığı altında bu durumu eleştirmiş ve buralardaki mağdur olan kişilerin de kapsama alınabilmesi açısından tasarının alan bakımından gözden geçirilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır (www.tbmm.gov.tr, 2004).

Zaman sorunu başlığı altındaki eleştiride ise komisyon, tasarının salt OHAL dönemini kapsamasının da uygulamada sorunlara yol açabileceği vurgusu yapılarak 17 yıllık OHAL süresi dışında meydana gelen zararların da karşılanması gerektiğine atıfta bulunulmuştur.

Tasarıda salt uğranılan maddi zararların karşılanmasının öngörülmüş olmasına karşın kişilerin uğradıkları manevi zararların daha büyük olduğu, dolayısıyla salt maddi zararların değil aynı zamanda manevi zararların da karşılanması gerektiği ifade edilmiş ve eleştirilmiştir.

Kanun tasarısının zarar tespitine ilişkin düzenlemelerin de sorunlara yol açabileceğine vurgu yapılarak komisyonca zararın tespiti başlığı altında eleştirilmiş ve örneğin terör olayları nedeniyle yaylalara çıkılmasının yasaklanması nedeniyle hayvancılığı bırakanların zararlarının nasıl tespit edileceği konusunun çetrefilli bir konu olduğu, bu tür zararların karşılanmaması mağduriyetlerin sürmesine neden olacağı ve bu tür zararların karşılanmasında bir sınırlamaya yer verilmemesinin ise sebepsiz zenginleşmeye yol açabileceği konusunda eleştiri getirilmiştir.

İçişleri Komisyonu, tasarıda yer alan zarar tespit komisyonlarının yapısına ilişkin olarak da müstakil bir başlıkta eleştiri getirmiş ve zarar tespit komisyonlarının çeşitli bakanlık temsilcilerinden oluşturulduğu ve bu komisyondaki görevlilerin, komisyonun altı ay yerine dokuz ay görev yapması halinde görevleriyle ilgili bir sıkıntıyla karşılaşmalarının söz konusu olduğuna ilişkin vurgu yapılmış ve bunun yanı sıra bu komisyonlarda sivil toplum örgütleri ile meslek kuruluşlarının bulunmamasını da bir eksiklik olarak görmüştür. Ayrıca bu komisyonlara, gerek duyulması halinde uzman kişi ve kuruluş temsilcileri ile baro temsilcilerinin de çağrılabilir olması gerektiğine işaret edilmiştir.

Komisyon, son olarak terörle mücadelede görev yapan TSK ve emniyet mensubu olup şehit olanların yakınları ile malullerin mağduriyetlerinin de anılan bu tasarı ile giderilmesi ve bu kişilere en azından bir ev alacak kadar para verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Komisyon, nihayet tasarıyla ilgili olarak getirilen bu eleştirilerin dikkate alınmaması durumunda terör mağdurları arasında eşitsizlik yaratılacağına söz konusu olacağını rapora bağlamış ve bütün terör mağdurlarının her türlü zararlarının karşılanması gerektiği ve bu zararların sadece İçişleri Bakanlığı bütçesine konan finansmanla değil, genel bütçeye konulacak ödeneklerden karşılanmasının zorunlu olduğuna vurgu yapmıştır.

Ancak hemen belirtelim ki, İçişleri Komisyonu tarafından getirilen bu eleştiriler üzerine hükümet adına yapılan açıklamada, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan kanunun ilk tasarı taslağında OHAL kapsamı dışındaki bölgelerin de kapsam içerisinde yer aldığı, taslakta herhangi bir zaman kısıtı olmadığı, maddi zararların yanı sıra manevi zararların da karşılandığı, fakat hükümetin bütçe imkanları düşünülerek belli kısıtlara gidilmek zorunda kalındığı ifade edilmiş ve zarar tespit komisyonlarında baro temsilcilerinin yer alması ise olumlu karşılanmıştır.

### 2.3. Plan Bütçe Komisyonu Raporu

5233 sayılı kanunla ilgili olarak hazırlanan Plan ve Bütçe Komisyon raporunda<sup>19</sup> terörden dolayı mağdur olan kişilerin zararlarında salt terör örgütü tarafından verilen zararlar değil terörle mücadele sırasında devletçe anılan tedbirlerden kaynaklanan zararların da gerek objektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk ilkesi gerek anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkelerin belirtildiği Anayasanın başlangıç kısmındaki toplumsal dayanışmayla ilgili prensipler ve gerekse cumhuriyetin niteliklerinin sayıldığı Anayasa'nın 2. maddesinde kendisine yer bulan sosyal hukuk devleti anlayışı çerçevesinde, toplumsal dayanışmanın bir gereği olarak karşılanmasının gerektiğine vurgu yapılmış ve bu zararların anılan gerekçeler ışığında tazmin edilmesinin devlete olan güven pekiştireceği, devlet-vatandaş kaynaşmasına katkıda bulunarak terörle mücadele ve sosyal barışa önemli katkı sağlayacağı varsayılmıştır (www.tbmm.gov.tr, 2004).

Komisyon ayrıca Bakanlar Kurulunun 23.6.2003 tarihli ve 2003/5930 sayılı kararıyla kabul edilen, *'Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Kararın'* yargının işlevselliği ve kapasitesinin artırılması suretiyle etkin bir yargı sisteminin tesis edilmesi bölümünde yer alan Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun Tasarısı'nın 2004 yılında yürürlüğe girmesini öngören taahhüdüne de vurgu yaparak devletin terörle mücadelede sağlamış olduğu başarının sosyo-ekonomik tedbirlerle desteklenmesinin ihtiyaç olduğuna işaret edilmiş ve tasarıya ilişkin getirilen eleştirilerin İçişleri Komisyonu raporunda ifade edilen alan sorunu, zaman sorunu, zararın türü, zararın tespiti, zarar tespit komisyonlarının yapısı ve terörle mücadelede görevlilere ilişkin getirilen eleştirilerle aynı olduğu görülmektedir.

### 2.4. Yasa İçeriği ve Uygulaması

Adı geçen kanun 5233 sayıyla 17.07.2004 tarihinde TBMM genel kurulunda kabul edilmiştir<sup>20</sup> ve toplam 19 madde ile geçici maddelerden oluşmaktadır. Kanunun 1, 2 ve 3. maddeleri sırasıyla amaç, kapsam ve tanımları içermektedir.

Kanun, terör eylemleri ya da terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetlerden dolayı maddi zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının tazmin edilmesine ilişkin usul ve esasları belirtmeyi amaçlamakta ve 3713 sayılı Terörle

<sup>19</sup>TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu, 13.7.2004, Esas No. :1/793, Karar No:101.

<sup>20</sup> Resmi Gazete Tarih: 27/7/2004, Sayı:25535

Mücadele Kanununun 1, 3 ve 4. maddeleri kapsamına giren eylemler veya terörle mücadele çerçevesinde yürütülen faaliyetlerden dolayı zarar gören gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin maddi zararlarının sulh yoluyla karşılanması hakkındaki usul ve esaslara ilişkin hükümleri kapsamaktadır. Ancak, devletçe arazi veya konut tahsisi suretiyle yahut başka bir şekilde karşılanan zararlar, bir mahkeme kararı gereğince veya 4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanunun 30. ve 31. maddeleri gereğince karşılanan zararlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlal edildiği gerekçesiyle Sözleşmenin 41. maddesine göre hükmedilen veya sözleşme hükümleri uyarınca dostane çözüm yoluyla uzlaşılan tazminatın ödenmesi sonucunda karşılanan zararlar, terör dışındaki ekonomik ve sosyal sebeplerle uğranılan zararlar ile güvenlik kaygıları dışında kendi istekleriyle buldukları yerleri terk edenlerin bu sebeple uğradıkları zararlar, kişilerin kendi kasıtları sonucunda oluşan zararlar ile 3713 sayılı kanunun 1, 3 ve 4. maddeleri kapsamındaki suçlar ile terör olaylarında yardım ve yataklık suçlarından mahkûm olanların bu fiillerinden dolayı uğradığı zararlar kanunun kapsamı dışında tutulmuştur. Ayrıca 3713 sayılı Kanunun 1, 3 ve 4. maddeleri kapsamındaki suçlar ile terör olaylarında yardım ve yataklık suçlarından dolayı haklarında ceza kovuşturması açılmış bulunanlar hakkında kovuşturma sonuçlanıncaya kadar bu kanuna göre herhangi bir işlem yapılamayacağı da kapsam kısıtları arasında sayılmıştır.

Kanun kapsamında yapılacak başvuruları incelemek üzere başvuru üzerine on gün içerisinde kurulması öngörülen zarar tespit komisyonları, vali yardımcısı olan bir başkan ve maliye, bayındırlık ve iskân, tarım ve köy işleri, sağlık, sanayi ve ticaret konularında uzman ve o ilde görev yapan kamu görevlileri arasından vali tarafından belirlenecek birer kişi ile baro yönetim kurulunca baroya kayıtlı olanlar arasından görevlendirilecek bir avukat olmak üzere toplam 7 kişiden oluşmakta, salt çoğunlukla toplanmakta ve üye tam sayısının salt çoğunluğuyla da karar almaktadır. Üyeleri, her yılın ocak ayında yeniden belirlenmektedir. İldeki işin niteliğine ve yoğunluğuna göre birden fazla komisyon kurulabileceği gibi eski üyelerin yeniden görevlendirilmeleri de mümkündür.

Komisyonların görevleri genel hatlarıyla şunlardır: Zarar görenin veya mirasçılarının başvurusu halinde bu kanun kapsamına giren bir zararın bulunup bulunmadığını tespit etmek, 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 ödenen tazminatlar, tedavi ve cenaze giderleri ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonundan yapılan yardımların zarar miktarından mahsup edilmesi suretiyle belirlenen ve 9. veya 10. maddelere göre yapılan nakdi veya ayni ödeme miktarını içeren sulhname tasarılarını hazırlamak, sulhname tasarısının kabul edilmemesi veya 12nci maddenin ikinci fıkrasına göre kabul edilmemiş sayılması hallerinde bir uyuşmazlık tutanağı düzenleyerek bir örneğini ilgiliye tebliğ etmek ve başvuranın, bu kanun kapsamına giren bir zararının bulunmadığının tespit edilmesi halinde, buna ilişkin karar tutanağı düzenleyerek bir örneğini ilgiliye tebliğ etmektir.

Kanun kapsamındaki başvurularla ilgili olarak zarar gören veya mirasçılarının veya yetkili temsilcilerinin zarar konusu olayın öğrenilmesinden itibaren altmış gün içinde, her durumda olayın meydana gelmesinden itibaren bir yıl içinde zararın gerçekleştiği veya zarar konusu olayın meydana geldiği il valiliğine başvurmaları gerekmektedir. Bu sürelerden sonra yapılacak başvuruların kabul edilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca kanunun geçici birinci maddesinde başvurucuların kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde ilgili valilik ve kaymakamlıklara başvurmaları hâlinde, 19.7.1987 tarihi ile bu kanunun yürürlüğe girdiği tarih arasında işlenen 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1., 3. ve 4. maddeleri kapsamına giren eylemler veya anılan tarihler arasında terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararları hakkında da bu kanun hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmış ve bu maddeye göre yapılan başvurular, başvuru tarihinden itibaren iki yıl içinde sonuçlandırılması kararlaştırılmıştır. Geçici üçüncü maddesinde de bu kanunun geçici birinci maddesi ve bu kanuna 28/12/2005 tarihli ve 5442 sayılı kanunla eklenen geçici birinci madde gereğince yapılan başvuruların sonuçlandırılma süresi, maddelerde öngörülen sonuçlandırılma süresinin bitiminden itibaren bir yıl uzatıldığı hüküm altına alınmış ve bu sürenin de bitmesi ve başvuruların sonuçlandırılmamış olması durumunda, bu süreyi her defasında bir yılı aşmamak üzere uzatabilmesi konusunda Bakanlar Kurulu yetkilendirilmiştir.

Komisyonlar, ilgili tüm kamu kurum ve kuruluşlardan başvurularla ilgili olarak gereken her türlü bilgi, belge ve yardım talebinde bulunabilir. Bunun yanı sıra kurum çalışanlarını bilirkişi olarak da görevlendirebileceği gibi gerek duyduğu uzmanları da çalıştırabilir ya da bu kişilerden görüş alabilir.

Hayvanlara, ağaçlara, ürünlere ve diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zararlar, yaralanma, sakatlanma ve ölüm hallerinde uğranılan zararlar ile tedavi ve cenaze giderleri ve terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddi zararlar, kanun kapsamında sulhen karşılanabilecek zararlar olarak sıralanmıştır.

Zararın tespitinin, kusursuz sorumluluktaki ispat mükellefiyetinden farklı olarak idare tarafından yapılması öngörülmüştür. Komisyon, ilgili maddelerde ifade edilen zararları, zarar görenin beyanı, adli, idari ve askeri mercilerdeki bilgi ve belgeler göz önünde tutularak olayın oluş şekli ve zarar görenin aldığı tedbirlere göre, zarar görenin varsa kusur veya ihmalinin de göz önünde bulundurulması suretiyle, hakkaniyete ve günün ekonomik koşullarına uygun olarak ya doğrudan doğruya ya da bilirkişi aracılığı ile belirlemekle yükümlüdür. Yaralanma, sakatlanma ve ölüm hallerinde de yapılacak ödemeler kanun koyucu tarafından doğrudan belirlenmiş ve madde hükmünde belirlenen gösterge rakamının memur aylık maaş katsayısı ile çarpımı sonucunda belirlenmesi öngörülmüştür.

Komisyon tarafından başvurucuların iddia edilen zararları doğrudan doğruya veya bilirkişi aracılığı ile yaptığı tespitten sonra belirlenen zararı, varsa ilgili maddeye göre hesaplanan yaralanma, sakatlanma ve ölüm hallerindeki nakdî ödeme tutarını ve ödeme şekli ile mahsup edilecek miktarları dikkate alarak uğranılan zararı sulh yoluyla karşılayacak safi miktar belirlenir ve belirtilen bu esaslar çerçevesinde hazırlanan sulhname tasarısının bir örneği ilgili komisyon

tarafından davet yazısı ile birlikte hak sahibine tebliğ edilir. Davet yazısının içeriğinde hak sahibi olan kişinin sahibinin sulhname tasarısını imzalamak üzere otuz gün içinde gelmesi veya yetkili bir temsilcisini göndermesi gerektiği, aksi takdirde sulhname tasarısını kabul etmemiş sayılacağı ve yargı yoluna başvurarak zararının tazmin edilmesini talep etme hakkının saklı olduğu belirtilmek zorundadır. Hak sahibi olan kişi ya da yetkilendirdiği temsilcisi kendilerine gönderilen bu davet üzerine sulhname tasarısını kabul etmeleri durumunda gönderilen bu tasarı hak sahibi veya yetkilendirdiği temsilcisi ile komisyon başkanı tarafından imzalanır. Gönderilen sulhname tasarısının kabul edilmemesi ya da kanunda belirlenen hallerde kabul edilmemiş sayılması durumunda düzenlenecek uyuşmazlık tutanağının bir örneği ilgili taraflara gönderilir. Sulhen çözüme kavuşturulamayan uyuşmazlıklar için yargı yolu açıktır. Sulhnamenin kabul edilmesi ve her iki tarafça da imzalanmasını müteakiben bu kapsamda saptanan zararlar, valinin onayı üzerine belirlenen ödeme şekline göre bakanlık bütçesinden bu amaca tahsis edilmiş finansmandan 3 ay içerisinde ödenmek zorundadır. Kanun, tüm bu ödemelerle ilgili olarak devletin, genel hükümler çerçevesinde sorumlulara rücu etme hakkını saklı tutmuştur. Zarar tespit komisyonlarının denetiminin, İçişleri Bakanlığı ve valiliklerce yapılması öngörülmüş ancak konuyla alakalı özel denetim yerine İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığınca belirlenen periyotlarda valiliklerin genel denetimi kapsamında yapıldığının altını çizmek gerekir.

Konuyla ilgili bir diğer düzenleyici işlem 04.10.2004 tarihli Bakanlar Kurulunun Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Yönetmeliktir<sup>21</sup>. Yönetmeliğin ilk maddeleri, tıpkı dayandığı yasada olduğu gibi amaç, kapsam, hukuki dayanak ve tanımlardan ibarettir. Devam eden maddelerde komisyonların kuruluşu, yapısı, görevleri ve komisyonlara yapılacak başvuruların süresi, şekli ve sonuçlandırılması, komisyonun toplanması, gündem, bilgi ve belgelerin toplanması, keşif yapılması, harcama ve bilirkişi ücretleri, kanun kapsamında karşılanacak zararlar vb. hususları yer almaktadır.

## **2.5. Yasa Uygulamasının Sayısal Boyutu**

Kanun kapsamındaki zararların karşılanması amacıyla il merkezlerinde vali yardımcılar başkanlığında oluşturulan Zarar Tespit Komisyonlarına yapılan başvuruları değerlendirmek üzere başta başvuruların en yoğun olduğu Batman, Bingöl, Diyarbakır, Hakkari, Mardin, Siirt, Şırnak ve Tunceli gibi illerde birden fazla komisyon olmak üzere ülke genelinde toplam 51 komisyon görev yapmaktadır. 43 komisyon çalışmalarını tamamlamıştır. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten Temmuz 2011'e kadar ülke genelindeki komisyonlara toplam 358.657 başvuru yapılmıştır. Bu başvurulardan 281.637 adedi sonuçlandırılmış olup; bunlardan 157.399 başvuru için tazminat ödenmesine karar verilmiş, 124.238 başvuru ise reddedilmiştir. Temmuz 2011 tarihi itibarıyla, komisyonlarca olumlu sonuçlandırılan ve sulhname imzalayan vatandaşlarımıza ödenmek üzere talep edilen toplam zarar tutarı 2.486.692.760 TL olup, bunun 2.464.382.182 TL'si ilgililere ödenmiştir. Kalan 22.310.578 TL'nin ödenmesine yönelik çalışmalar ise devam etmektedir (www.illeridaresi.gov.tr, 2011). İl örneği olarak Diyarbakır özelinde sayısal görünüm ise şu şekildedir: Yasa kapsamında 8

<sup>21</sup> Resmi Gazete: 20.10.2002, Bakanlar Kurulu Karar Tarihi: 04.10.2004.

Ağustos 2011 tarihi itibarıyla Diyarbakır Valiliğine toplam 50.944 başvuru yapılmış olup, 43.445 dosya karara bağlanmıştır. Karara bağlanmayan 7.499 dosyanın ise işlemleri devam etmektedir. Karara bağlanan dosyalar için İçişleri Bakanlığında 577.142.258,36 TL ödenek talep edilmiş, talep edilen ödenekten 569.993.681,00 TL'si bakanlıkça valiliğe gönderilmiş ve ödemeler yapılmıştır.

## SONUÇ VE ÖNERİLER

Terör olayları nedeniyle idarenin kusursuz olarak sorumlu tutulmasına dayanak teşkil eden sosyal risk, objektif sorumluluk ve kolektif sorumluluk ilkelerine karşı geliştirilen yaklaşımlara katılmak mümkün değildir. Zira sosyal ve hukuk devletinin gereği olarak insanların güvenliğini hukuk çerçevesinde temin etmek şüphe yok ki devletin temel görevlerinden birisidir. Dolayısıyla şu ya da bu gerekçeyle ya da önleyemeyeceği varsayılan durumlar da dahil olmak üzere idarenin sınırları içerisinde yaşayan vatandaşlarının güvenliğini sağlamaması/sağlayamaması durumunda ortaya çıkan olağandışı zararların tazmin edilmesinde hakkaniyet ve hukuk devleti ilkesi bağlamında herhangi bir sakınca olmadığını, bilakis önemli bir hukuksal zorunluluk olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Zira vatandaşların can ve mal güvenliğini sağlamak devletin en başat görevleri arasındadır ve başat görevi sayılan bu görevini dolaylı ya da dolaysız olarak icra edememesi, yani vatandaşların can ya da mal güvenliğini sağlayamaması nedeniyle esasen idari hizmetin kusurlu olduğu sonucuna da ulaşılabilir. Her ne kadar doktrinde, kolektif sorumluluk anlayışı zararın bir kişi üzerinde bırakılmayıp tüm topluma yüklenmesinin hakkaniyete aykırı olduğu, dolayısıyla faturanın tüm topluma çıkarıldığı iddia edilmiş olsa da bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira böyle bir hareket noktası benimsendiğinde idare tarafından yerine getirilen çok temel yatırımlarda bile benzer bir argüman dillendirilebilir. Örneğin ülkenin herhangi bir yöresinde yapılan yol ya da içme suyu çalışmasının maliyetlerinin de genel bütçeden karşılanması dolayısıyla tüm topluma fatura edildiği varsayıldığında kolektif sorumluluğa getirilen haksız eleştiri anlaşılabilir. Zira devlet mekanizması bilindiği gibi icra ettiği eylem/işlem ile yürüttüğü hizmetlerin tamamını genel bütçeden yapmakta ve toplumun tüm bireylerinden toplanan vergilerle finanse edilmektedir. Dolayısıyla terörist eylemler ya da sosyal kargaşa durumlarında illiyet bağı aranmaksızın idarenin sorumlu tutulması, objektif sorumluluk ve sosyal risk ilkesi gereği yadsınamaz bir realitedir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi yasa bazı yapısal sorunlar nedeniyle gerek yasalaşma sürecinde ilgili komisyonlar tarafından gerekse uygulamaya geçtikten sonra doktrinde kimi otoritelerce eleştirilmektedir. Her ne kadar yasalaşma sürecinde de dile getirildiği gibi maddi zararların yanı sıra manevi zararların da karşılanmasının uygun olacağı bir temenni şeklinde dile getirilmiş olsa da hükümet bütçe olanaklarının yetersiz olması gerekçesiyle bu zararların karşılanmasının zor olduğu dillendirilmiştir. Ancak hemen belirtelim ki gerek 17 yıllık OHAL sürecindeki yaşanan travma gerekse OHAL öncesindeki hak kayıpları ve mağduriyetlerin boyutu düşünüldüğünde salt maddi zararların karşılanması, yaşanan mağduriyetleri gidermeye yetmeyecektir. Bu nedenle ülke ekonomisinin gelişim seyri ve hükümetlerin bütçe olanakları doğrultusunda bu hak kaybının da bir an evvel giderilmesi, sosyal hukuk devletinin en önemli gereklerinden birisi olarak karşımızda durmaktadır. Bunun ötesinde yasada can ve bedensel zarar ve kayıplar için öngörülmuş olan tazminat miktarlarının standart olarak tespit edilmesi yerine hak kaybı yaşayan mağdurların öznel nitelikleri de dikkate alınmak suretiyle daha realist ve tatmin edici bir yaklaşımla yeni bir boyuta taşınması gerekmektedir.

Bir diğerk önemli husus da her ne kadar devlet, sosyal risk ilkesi gereği OHAL döneminde yaşanan olaylarla zımnende de olsa yüzleşme yolunu seçmiş ve hak ihlallerinin tamir edilmesi yolunda önemli bir adım atmış olsa da salt bu ihlallerin giderilmesiyle yetinmemeli, o dönemde yaşanan hak kayıpları, trajedi ve travmaların meydana gelmesine sebebiyet veren sorumluların cezalandırılması bağlamında da bir yüzleşme yaşaması demokratik konjonktür bağlamında önemli bir tetikleyici unsur olacaktır.

Zarar tespit komisyonlarının gerek başta başkanlıklarını yürütmekle görevli vali yardımcılarını gerek üye gerekse sekreteryası profesyonel bir yapıda olmadığından dolayı yasanın zihni alt yapısına ve mantalitesine hakim olamamanın da getirmiş olduğu handikaplar ve zaman zaman kendilerini devletle özdeş görme yanılsamaları ve bu yanılsamanın vermiş olduğu refleksler uygulamada sorunlara yol açabilmektedir. Bu nedenle gerek komisyon üyelerinin gerekse çalışanlarının, mutlaka hizmet içi eğitimlerden geçirilerek bu yasal düzenlemelerin ifade ettiği psikik mana, demokratikleşme bağlamındaki misyonu, idari sorumluluk rejimi ve özellikle objektif sorumluluk ve sosyal risk ilkeleri tüm detaylarıyla anlatılmalı ve anılan bu çalışanların meseleyi içselleştirmeleri temin edilmelidir. Özetle salt yapısal değişiklikler değil uygulamayı yürütecek insan kaynaklarının zihni modifikasyonu da sağlanmalıdır.

Yeri gelmişken hemen ifade edelim ki, kendilerine adeta mahkeme heyeti gibi tazminata hükmetme işlevi verilmiş olan komisyonların üye niteliklerinin hukuk nosyonuna yakın kişiler arasından seçilmesi ve gerek üye gerekse komisyon başkanı vali yardımcılarının hukuki bilgi ve alt yapı bakımından desteklenmesi ya da bu nosyona sahip kişilerin görevlendirilmesi, idarenin sorumluluk hukuku rejimi bağlamında meselenin kavranmasının sağlanması açısından da büyük önem taşımaktadır.

Ayrıca komisyonların yapısının daha profesyonel hale getirilmesi ve kararların daha rasyonel, hızlı, hukuk ve hakkaniyete uygun çıkarılabilmesi için komisyon üyelerinin tam zamanlı olarak komisyonlarda görev yapmasını sağlayacak bir mekanizma geliştirilmeli ve tatminkar ücretlerle motivasyonları diri tutulmalıdır. Aksi takdirde bir yandan kendi kurumlarının ağır iş yüklerini ifa etmeye çalışırken öte yandan komisyonda gerçekte ileri düzey hukuk nosyonu gerektiren bir işle meşgul olmaya çalışmaları, komisyon işlerini angarya olarak görmelerine yol açacaktır. Özellikle komisyon başkanlıklarını yapacak olan vali yardımcılarının mutlaka hukuk fakültesi mezunu olmaları koşulu aranmalı, bakanlıkça 5233 sayılı yasanın yoğun uygulandığı illere yapılacak vali yardımcısı atamalarında bu husus ilke haline getirilmelidir. Yine İçişleri Bakanlığının mülkiye müfettişlerince yapılan rutin denetimlerin dışında mutlaka özel denetimlerle alan takibe alınmalı ve İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı bünyesinde salt bu alanda uzmanlaşmış hukukçu mülkiye müfettişlerinin istihdamı sağlanarak yasa uygulamalarının sağlıklı bir zeminde yürütmesine katkı sağlanmalıdır.

Gerek farklı iller gerekse aynı il içerisindeki farklı komisyonların uygulama birliğine sahip olmayışı, benzer olaylardaki komisyon kararlarında yeknesaklığın sağlanamamış olması da yasa uygulamasının sorunlu alanlarından bir tanesidir. TESEV tarafından yapılan bir çalışmada bu konu bazı örneklerle şu şekilde desteklenmiştir: *'Bu saptamayı, çalışmalarımız sırasında rastladığımız bazı örneklerle açalım. İspat yükünün devlet kurumlarına ait olması ilkesiyle*

*ilişkili olan köy boşaltmalarının kanıtlanması konusuna da bu bağlamda değinilmesi gerekiyor. Büyük çoğunluğu devlet tarafından gerçekleştirilen köy boşaltma eylemlerinin olağan belgelerle ispatının imkansızlığı, şu ana kadar bu dosyaların Batman, Diyarbakır ve Van'da değerlendirmesinin ertelenmesine yol açarken, Hakkâri'de ise değerlendirmeye alınmadan doğrudan reddedilmesi ile sonuçlanmış durumda. Bu noktada vurgulanması gereken bir diğer nokta, taşınmaz mal varlığının ispatı. Bölgede özellikle dağlık tarım arazilerinde tapu ve kadastro sınırlı olduğu için, pek çok ailenin toprakları zilyete dayalı. Her ne kadar yönetmelik, toprak mülkiyetinin ispatı için tapu belgesi koşulu getirmemiş olsa da, bizatihi yerinden edilme süreci zilyetliği ispatlamayı güçleştirdiği için, yetkililerin bu konuda duyarlı davranmaları özellikle önem taşıyor.*

Bu bağlamda illerin uygulamalarında standartlaşmayı temin etmek için bakanlıkça, il içerisindeki farklı komisyonların çalışmalarında yeknesaklığı sağlamak için de ilgili valiliklerce gerekli düzenlemeler yapılmalı, tedbirler alınmalıdır. Diyarbakır Valiliği Zarar Tespit Komisyonları Genel Koordinatörlüğüne çıkarılmış olan yönerge<sup>22</sup> uygulama birliğini sağlamak için geliştirilmiş bir örnek olarak gösterilebilir. 5233 sayılı Kanunun Uygulanmasında Valilikçe Yürütülecek İş ve İşlemlere İlişkin Yönerge 'de genel koordinatörlükten sekreteryaya, hukuk müşavirinden başvuru sahibine kadar yasa kapsamına girebilecek tüm tanımlamalar yapılmış, devam eden bölümde başta vali olmak üzere genel koordinatör, komisyon başkanı, kaymakam, kurum ve kuruluş amirleri, sekreteryaya, hukuk müşavirliği, komisyon ve alt komisyonların görev tanımları detaylı bir şekilde yapılarak hangi alanlarda görevli oldukları net ifadelerle hüküm altına alınmıştır. Komisyon üyeleri, sekreteryaya çalışanları ve alt komisyon üyelerine dönük eğitim ve programlar da yönergede düzenlenmiş, yıllık plan ve programların ne şekilde olacağı belirlenmiştir. Dördüncü bölümde tazminat ödemelerine yer verilmiş, müteakiben başvuruların nasıl kayda alınacağından ödeme evraklarının içeriğine, hak sahipleri için özel belirlenen danışma günlerinden kamuoyunun bilgilendirilmesine ve bilgi verme yükümlülüğüne kadar bir dizi düzenlemeyle komisyonlar arasında eşgüdümün sağlanması için adım atılmıştır.

Bilindiği gibi 5233 sayılı yasa kapsamında yapılan müracaatların başvuru süresi uzatıldıktan sonra yeni müracaatlar için yapılan keşiflerde bu dosyaların mükerrer olmasının yüksek olma ihtimali nedeniyle mükerrer başvuruları önlemek için müracaat tarihlerinin artık uzatılmamasının daha rasyonel bir karar olabileceği düşünülmektedir. Diyarbakır uygulaması bunun örneğidir: Anılan uzatmayı takiben yapılan 2011 yılı keşiflerinde müracaatların % 90'ının mükerrer olduğu tespit edilmiştir.

5233 sayılı yasanın 10. maddesi, malvarlığı zararlarının karşılanmasında aynı ifaya öncelik verilmesi gerektiği ve aynı ifanın bireysel veya genel nitelikli projeler çerçevesinde yapılabileceğini öngörmüştür. Ancak uygulamada maddi zararların aynı olarak değil nakdi olarak karşılanması yolu tercih edilmektedir. Zararların aynı olarak karşılanması da işin niteliğine göre alternatif bir ifa tarzı olarak benimsenebilir.

<sup>22</sup> Diyarbakır Valiliği Zarar Tespit Komisyonları Genel Koordinatörlüğü, 5233 sayılı Kanunun Uygulanmasında Valilikçe Yürütülecek İş ve İşlemlere İlişkin Yönerge, No: 1, Tarih: 12.12.2007.

Bir diğ er sorunlu alan ise yasanın 26. maddesinde sulhname onaylandıktan sonra ifa tarzına göre bakanlık bütçesine bu amaçla konulan ödenekten 3 ay içerisinde karşılanması öngörülmektedir. Ancak ödemelerin 3 aylık zaman içerisinde yapılamamasından dolayı gecikme bedeli için faiz ödenmek zorunda kalınmaktadır. Bu nedenle bakanlıkça ödeneklerin hızlandırılarak faiz ödemesinin önüne geçecek tedbirlerin alınması gerekmektedir.

Uygulamadaki bir diğ er sorun ise yasaya göre yapılan tespitlere katılan bilirkişilere bilirkişilik ücreti ödemesi yapılırken, keşif ve tespit komisyonu başkan ve üyelerinin tamamına eşit oranda bilirkişi ücreti ödenmesinin hakkaniyete daha uygun olacağı düşünülmektedir. 5233 sayılı yasa uyarınca yapılan tespitler ve bu tespitler sonunda hazırlanan keşif ve tespit tutanakları, mahkemeler tarafından yapılan keşif ve tespitler gibi ayrıntılı olmadığı gibi, keşif sonrasında teknik bilirkişiler tarafından ayrıca bilirkişi raporu da hazırlanmamaktadır. Komisyon başkanı ve üyeleri de keşfe katılmakta ve ciddi emek ve performans harcamaktadırlar. Buna rağmen teknik bilirkişilere bilirkişi ücreti ödenip tespit komisyon başkanı ve üyelerine bilirkişi ücreti ödenmemesinin hakkaniyete aykırı olacağı düşünülmektedir. 5233 sayılı kanunun 6. maddesi ve iller idaresi genel müdürlüğünün görüş yazıları doğrultusunda ödemelerin yapılabileceği düşünülmektedir.

Demokratikleşme adına önemli bir kilometre taşı olan bu yasanın devlette önemli bir zihni-yapısal dönüşümü getirdiği kuşku götürmez bir gerçekken bu durumun kamuoyu tarafından bilinirliliği de o derece kuşkuludur. Bu düzeyde bir normatif düzenlemenin kamuoyuna mal edilmesi ve toplumun her kesimince bilinirliliğinin sağlanması için gerekli PR çalışmaları yapılarak yaygınlaştırma faaliyetlerine ivme kazandırılması, yasanın sahiplenilmesi ve öneminin kavranması açısından büyük önem taşımaktadır. Yasanın temel amacının salt maddi zararların tazmini, yaraların sarılması değil yasanın esas ruhunun ve kanun koyucunun temel iradesinin toplumsal barışı tesis etmek olduğunun vurgulanması gerekir.

Bunun yanı sıra Türk kamu yönetiminin temel açmazlarından birisi olan ölçme, raporlama, değerlendirme ve analiz etme konularındaki eksiklik bu alanda da kendisini göstermektedir. Ülke genelinde yasanın çıkmasında bu yana toplam 2.486.692.760 TL'lik bir tazminata hükmedildiği düşünüldüğünde bu kadar büyük bir bütçenin hiç olmazsa bir kısmı araştırma, değerlendirme ve analiz çalışmalarına ayrılabilmesi, konunun uzun uzadıya müzakereleri yapılmalı, salt bu konuyu içeren sempozyum, çalıştay ve konferanslar tertip edilmeli ve yol haritaları çıkarılabilmelidir. Böyle bir çalışmaya toplumun tüm katmanlarında ilgili tüm aktörlerin katılımı sağlanmalı, özellikle akademik alan ve hükümet dışı organizasyonların katıldığı sempozyum ve çalıştaylar ve bunların sonucunda hazırlanacak raporlamalarla idarenin kurumsal körlükten kurtulmasının önü açılarak uygulamanın daha rasyonel ve sağlıklı bir zemine taşınmasına çaba gösterilmelidir.

Sosyal risk ilkesi bağlamında devletin objektif sorumluluğu temelde hukuksal zeminde ele alınması gereken bir mesele olduğu gerçeği bir yana, konu bir yönetsel sorun olarak da görülmeli ve kamu yönetim aktörleri ve otoritelerince de yasaya paralel yönetsel tedbirlerin alınması ülkenin son otuz yılının temel tartışma konularından ve sorunlarından birisi olarak tartışılmalı terör ve terörle

mücadele meselesinde başarının ön koşullarından birisi olarak görülmelidir. Terör eylemleri ve terörle mücadele sonucunda meydana gelen zararların gerek telafisi gerekse yerinden olan yurttaşların mağduriyetlerinin giderilmesi anlamında kamu yönetimi alanının da dizayn edilmesi büyük önem arz etmektedir.

Kanunun genel gerekçesinde 5233 sayılı yasanın gerekçe metninde de ifade edildiği gibi yasanın temel hareket noktalarından bir tanesi de yurttaşların ister terörle mücadele sırasında devletçe alınan tedbirler isterse doğrudan terör örgütlerinin eylemlerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmış olsun, anılan bu zararların izalesi devlete olan güvenin pekişmesine yol açacağı, devlet-vatandaş kaynaşmasının artacağı ve toplumsal barışa önemli katkılar sunacağına altı çizilmektedir. Yine yasa gerekçesinde *terörle mücadelede Türk Silahlı Kuvvetlerinin ve güvenlik güçlerinin kazandığı olağanüstü başarının sosyal ve ekonomik tedbirlerle desteklenmesi zorunluluğu üzerinde durulmaktadır. Gerekçelerden de anlaşıldığı üzere kanunun dolaylı hedeflerinin ancak kamu yönetimi aktörlerince gerçekleştirileceği açıktır.*

Tüm bu eleştirilere rağmen 5233 sayılı yasa, terör eylemleri, terörle mücadele faaliyetleri ve zorunlu göçün yol açtığı hak ihlalleri ve mağduriyetlerinin izale edilmesi noktasında devlet tarafından atılmış önemli ve olumlu bir adımdır. Yasanın, Türkiye'nin Avrupa Birliği süreci ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde derdest olan davalar açısından da büyük öneme sahip olduğu kuşku götürmez bir realitedir (Aker & diğeleri, 2011). Ancak bu alandaki düzenleme ve uygulamaların salt AB müktesebat ve sürecinin bir gereği olarak değil devletin zihni dönüşümüne de katkı sağlayacak şekilde gerek üst yönetim liderliğinin ve gerekse idari mekanizmanın tüm süreçlerinde yer alan kişi ve kurumların konuyu içselleştirmesi ve devletin kendisiyle yüzleşmesini sağlayacak şekilde ele alınması ülkenin demokratikleşme sürecinde önemli bir katalizör etki sağlayacaktır.

### Kaynakça

Aker, T. ve diğeri, (2011, Ağustos 10), Türkiye'de Ülke İçinde Yerinden Edilme Sorunu: Tespitler ve Çözüm Önerileri, İstanbul.

Aktan, Can (1998), "Leviathan: İnsan Haklarının Koruyucusu mu Yoksa İhlalcisi mi", *Yeni Türkiye Dergisi*, Cilt 21, s. 499-502.

Aktan, Can(2009, Nisan 5), "Yeni Değişim Dinamikleri ve Devletin Yeni Rolü", <http://www.canaktan.org/yeni-trendler/devletfelsefe>, (Erişim tarihi: 08/2011)

Akyılmaz, Bahtiyar (2011, Ağustos 7), Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı, Ankara.

Atak, B. (2010), *Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılmasında İdarenin Sorumluluğu*, Ankara.

Atay, Ethem Ender (2006), *İdarenin Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara

Çıldıroğlu, Orhan(2010), <http://www.yok.gov.tr/tez> arama, (Erişim tarihi: 05/08/2011).

Erdoğan, Y., İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, <http://www.suchukuku.com>, (Erişim tarihi: 05/08/2011), Erzurum

Eryılmaz, Bilal, (1999), *Geleneksel Yönetimden Yeni Kamu Yönetimi Anlayışına*, Liberal Düşünce

Gözler, Kemal (2006), *İdare Hukuku Dersleri*, 4. Baskı b, Ekin Yayınları, Bursa

Gözübüyük, Şeref ve Tan, Turgut (2008), *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara

Köksal, M. (2009), İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Terör Olayları Nedeniyle İdari Yargıda Açılan Davalar, Kırıkkale.

Özay, İlhan (2002), *Günişığında Yönetim*, Alfa Basım Yayım, İstanbul.

Özbudun, Ergun (1986), *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara

Şehlen, Süheyla (1994), "Türkiye'de İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi", A.Ü SBF Dergisi, Cilt 49, Ankara

Wikiquote. (2011, Ağustos), [http://tr.wikiquote.org/wiki/Emile\\_Faguet](http://tr.wikiquote.org/wiki/Emile_Faguet) adresinden alınmıştır.

"Terör ve terörle mücadeleden doğan zararların karşılanması hakkında bilgi notu", [http://www.illeridaresi.gov.tr/default\\_B0.aspx?id=182](http://www.illeridaresi.gov.tr/default_B0.aspx?id=182) (Erişim tarihi: 13/08/2011)

"Terör ve terörle mücadeleden doğan zararların karşılanması hakkında kanun tasarısı ile içişleri ve Plan ve bütçe komisyonları raporları (1/793)", <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss650m.htm> (Erişim tarihi: 13/08/2011)

Tunçay, Mete (1986), *Batıda Siyasal Düşünceler Tarihi*, Teori Yayınları, Ankara

Yeşilbaş, Mehmet , "Açık Toplumunun Yeni Elementi: Bilgi Edinme Hakkı ve Türkiye Deneyimi", *Türk İdare Dergisi*, Aralık 2008, Ankara.

Yeşilbaş, M., Temur, T. (2009, Mayıs), Öğretmen Adaylarının 21. Yüzyılda Devlet Algılarına İlişkin Nitel Bir Çözümleme, *I. Uluslararası AB, Demokrasi, Vatandaşlık ve Vatandaşlık Eğitimi Sempozyumu* .

Yeşilbaş, Mehmet, (2007)“*Kamu Yönetiminde Toplam Kalite: Bir Çıkış Yolu mu, Egemen İdeolojilerin Yeni Hizmetkârı mı?* ”, Türk İdare Dergisi, Eylül–2007, Sayı: 456, s. 25–54, Ankara.