SOSYAL RİSK İLKESİ VE UYGULAMA ALANI
(SOCIAL RISK AND ITS PRACTICE)

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ*

ÖZET

Danıştay, son yıllarda tabii afetlerden ve terör eylemlerinden doğan zararlardan idareyi sosyal risk ilkesi uyarınca sorumlu tutmaktadır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ise bu konuda daha çok kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanmaktadır. Ancak tabii afetlerden ve terör eylemlerinden doğan zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğunda doğrudan sosyal risk ilkesinin kullanılması doğru değildir. Zira sosyal risk ilkesi, yasama organının düzenlemelerine dayanak teşkil eden bir kuramdır. Yargı organı ise tabii afetler ve terör eylemlerinden doğan zararların tazmini için açılan davalarda öncelikle hizmet kusurunun varlığını araştırmalıdır.

ANAHTAR KELİMELER

İdarenin sorumluluğu, sosyal risk, kamu külfetleri karşısında eşitlik, hizmet kusuru, terör eylemlerinden sorumluluk, tabii afetlerden sorumluluk

ABSTRACT

In Turkey as Danıştay (Hight Administrative Court) holds the Administration responsible for the natural disasters and terrorism according to the social risk principle, AYİM (Hight Military Administrative Court) bases on liability of the State to the "L'égalité des citoyens devant les charges publiques" principle. But it wouldn't be convinient to use social risk principle directly. The administrative courts have to investigate "faute de service" firstly.

KEYWORDS

Liability of the State, social risk, "L'égalité des citoyens devant les charges publiques", "faute de service", responsibility of terror, responsibility of natural disasters

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

SOSYAL RİSK İLKESİNİN ANLAMI

Sosyal risk ilkesi, ilk olarak Fransa'da savaş zararlarının idarece karşılanması amacıyla uygulanan bir sorumluluk ilkesidir. Ülkemizde ise 1980'li yıllarda yoğunlaşan terör eylemlerinden doğan zararların karşılanmasında, idarenin sorumluluğunun dayanağı olarak kullanılmaya başlanmıştır.

Tabii afetler, toplumun içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulların ortaya çıkardığı kitle hareketleri ve bunlardan doğan saldırıların yol açtığı zararlarla savaşlarda sivil halkın uğradığı zararların kusursuz olan kişiler üzerinde bırakılmasının hakça bir davranış olmayacağı düşüncesi sosyal risk ilkesini ortaya çıkarmıştır[1]. Azrak'a göre sosyal risk ilkesinin hukukî temeli "imkân ve fırsat eşitliği"; felsefî kökeni ise Anayasa'nın Başlangıç kısmında yer alan dayanışma ilkesidir[2].

Sosyal risk, insanların birlikte yaşamalarından doğan kaçınılmaz bir tehlike halidir. Bu tehlikenin zararları sonuçlarının nedensellik bağı aranmadan idarece giderilmesini öngören ilkeye de sosyal risk ilkesi denilmiştir[3]. Toplumun içinde bulunduğu kargaşadan, olağandışı bir biçimde belli bazı kişilerin uğradıkları zararların, toplumun siyasî bir örgütlenmesi olan devlet tarafından toplum adına ödenmesi gereği sosyal risk ilkesi çerçevesinde kabul edilmektedir[4]. Diğer kusursuz sorumluluk hallerinden farklı olarak, sosyal risk sorumluluğunda zararı yaratan, idarenin hukuka uygun bir faaliyeti, personelinin davranışı ya da tehlikeli bir faaliyeti veya muhataralı tesislerin yapısındaki bir neden değil, idareye yabancı kişilerin, toplulukların, idare tarafından önlenemeyen ya da önlenmesi daha büyük zararlar yaratabilecek olan davranış ve eylemleridir. Şu halde zarar ile idari eylem arasında bir nedensellik bağının bulunmadığı tek kusursuz sorumluluk hali budur. Sosyal risk kuramının uygulanabilmesi için idari eylem ile zarar arasında bir nedensellik bağı aranmasa bile, idarenin üçüncü kişilerin zarar verici davranış ve eylemlerinden sorumlu tutulabilmesi için, bunları önlemek

---

1 AZRAK Ali Ülkü, "İdarenin "Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramı"na Göre Kusursuz Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12–13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s. 136–137; ÇELİKKOL Hüseyin, "İdarenin Objektif Sorumluluğu", İBD, sy. 2, İzmir 1985, s. 20; KANETİ Selim, "Özel Hukuk Alanında Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12–13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s. 147.

2 AZRAK, s. 141.

3 ESİN Yüksel, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1976, s. 155; AZRAK, s. 136.

4 ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, İstanbul 1966, s. 1744; AZRAK, s. 137; ESİN, s. 155.

devletin birincil ödevlerinden olmasına karşın, kusuru olmaksızın önleyememiş ya da daha büyük zararlara yol açmamak için önlemekten kaçınmış olması gerekir[5].

İdarî sorumluluğun gelişmiş bir düzeyde olduğu Fransa ve Almanya gibi ülkelerde toplumun içinde bulunduğu kargaşadan doğan bu tür zararların ödenmesi bazı genel kanunlarla düzenlenmiştir. Savaş hallerinde kişilerin zararlarının ödenmesi kabul edilmiştir. Ülkemizde de bu konuya ilişkin bazı kanunlar öngörülmüştür. Ama bunlar genel değil, özel niteliktedir. 3634 sayılı Millî Müdafaa Mükellefiyetleri Kanunu seferberlik hallerinde devletin sorumluluğu hükümlerini içerir. Ancak bunlar savunma ihtiyacını karşılamak amacıyla, idarenin istimval yoluyla özel mülkiyete müdahalelerinden doğan tazmin borcuna ilişkindir ve sosyal risk ilkesinden ziyade, kamu külfetleri karşısında eşitlik düşüncesine dayanır. 2330 sayılı Nakdi Tazminat Kanunu, 2629 sayılı Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağaadam Hizmetleri Tazminat Kanunu gibi kanunlar ise mesleki risk ilkesi dikkate alınarak hizmeti yürüten kamu görevlilerinin uğradığı zararların giderilmesine yönelik kanunlardır. Sosyal risk düşüncesini en iyi yansıtan özel düzenlemeler ise 6–7 Eylül 1955 tarihinde İstanbul ve İzmir'de meydana gelen toplumsal olaylarda zarara uğrayan kişilerin zararlarının tazminine ilişkin 28.2.1956 tarih ve 6684 sayılı Kanun ile Şırnak ve Çukurca'da terörist eylemler sonucu meydana gelen zararların idarece tazminine ilişkin 28.8.1992 tarih ve 3838 sayılı Kanun'dur. Bu konuda daha genel düzenlemelere örnek olarak da son günlerde yürürlüğe giren 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunun 17. maddesine dayanılarak çıkarılan Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Yönetmelik[6] ile 6831 sayılı Orman Kanununun değişik 71 inci maddesine dayanılarak hazırlanan Orman Yangınlarını Söndürme Çalışmaları Esnasında Ölenlere ve Sakatlananlara Ödenecek Tazminata İlişkin Yönetmeliği[7] verebiliriz.

SOSYAL RİSK İLKESİNİN ÖZELLİKLERİ

İdarenin sorumluluğunun genişlemesine yol açan sosyal risk ilkesi, diğer sorumluluk hallerinden farklı olarak bir takım özelliklere sahiptir[8]. İçtihatla şekillenen bu özellikleri şu şekilde belirtebiliriz:

---

5 ARMAĞAN Tuncay, İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Ankara 1997, s. 162–163.

6 RG, 20.10.2004, sy: 25619

7 RG, 11.12.2004, sy: 25667

8 AZRAK, s. 137.

Zararla İdare Arasında Nedensellik Bağının Bulunmaması

İdarenin eylem ve işlemlerinden sorumlu tutulabilmesi için, idarenin sorumluluğuna ilişkin Anayasa, m. 125 deki "idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zarar" ifadesi gereğince, zararla idarenin eylem ve işlemi arasında nedensellik bağının bulunması zorunludur. Ancak Danıştay içtihadına göre sosyal risk ilkesini diğer kusursuz sorumluluk hallerinden ayıran, zararla idarenin eylemi arasında nedensellik bağının bulunmamasıdır. Yargı yerine göre sosyal riske dayalı olarak idarenin sorumluluğuna hükmedilen durumlarda zarar, idarenin faaliyetinden, idarenin personelinin kusurlu ya da kusursuz davranışından, hizmete tahsis edilmiş idare tesislerinden ya da hizmet araç gereçlerinden değil, idarenin dışında gelişen ya da idareye tamamen yabancı, idarece önlenemeyen veya önlenmesi daha büyük zararlara yol açacak olan eylemlerdir.

Danıştay'ın eylem ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmamasına rağmen, idarenin dışındaki kişilerin, nesnelerin ya da vakıaların sebep olduğu zararlardan idarenin sorumlu olabileceğini düşünmesi, idari sorumluluğun "tek yasal dayanağı" olarak nitelendirilen Anayasa m. 125 hükmüne aykırıdır. Başka bir ifadeyle yasal dayanaktan yoksundur. Sosyal riski, başkalarının eylemlerinden doğan zararlardan dolayı idarenin kusursuz sorumluluğu olarak tanımlayan anlayış burada "zarara neden olan eylem ya da işlem, idarenin eylemi ya da işlemi değilse, neden idare sorumludur?" sorusuna tatmin edici cevap verememektedir.

Zarara İdare Tarafından Önlenemeyen Ya Da Önlenmesi Daha Büyük Zararlara Yol Açacak Tehlikelerin Neden Olması

Sosyal risk ilkesi uyarınca idarenin tazmin yükümlüsü olduğu zarara neden olan risk, idarece önlenemeyen ya da önlenmesi daha büyük zararlar yaratacak olan riskdir[9].

Toplumu tehdit eden risk nedeniyle ortaya çıkan zararın idarece önlenememesinin çeşitli nedenleri olabilir Topluma yönelik tehdit bir anda ortaya çıkmış olabilir. İdare üzerine düşeni yapmış olmasına rağmen zarara sebep olan fiilden önceden haberdar olmamış olabilir. Hatta mutad ihtiyaçlara cevap vermek üzere organizasyonunu yapmış olan idarenin personeli ve ekipmanı bu riski ortadan kaldırmak için yeterli olmayabilir. Kısaca, idare, mevcut yasal yükümlülüklerini ve ihtiyacın gereklerini yerine getirmiş olmasına rağmen zarara engel olamayabilir.

---

[9] AZRAK, s. 138; ÇELİKKOL, s. 21.

Ancak toplumu tehdit eden tehlikelere karşı idarenin önlem alması, bu konuda gerekli organizasyonu yapması idare için bir yükümlülüktür. Dolayısıyla somut olaydaki verilere göre kusuru yokmuş gibi görünüyorsa da bu tür tehditlere karşı her zaman bir adım önde olmak zorunda olan idarenin, tamamen kusursuz olduğundan söz edilemez. Kaldı ki önleyebileceği halde "zararın idarece önlenmesinin daha büyük zararlara yol açması" düşüncesi ile önlemediği tehlike sebebiyle oluşan zararlarda, kusurunun olmadığını söylemek zaten mümkün değildir.

Zararın Birarada Yaşamanın Kaçınılmaz Sonucu Olması

Toplumsal bir hayat süren bireyler, toplumda karşılaşılan kitle hareketleri, savaş, saldırı ve kargaşalardan etkilenmekte, zarara uğrayabilmektedirler. Zararı doğuran etken, kimi zaman vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları devletin politikası, kimi zaman aynı devletin vatandaşı bir başka kişinin ya da grubun siyasî fikirleri, kimi zaman ise bir başka devletin ya da örgütün politikası olabilmektedir. İşte sosyal risk anlayışı da insanların birlikte yaşamasından doğan, hiçbir şekilde dahil olmadıkları mücadeleler ve hesaplaşmalar nedeniyle var olan bir risklerin paylaşılması düşüncesinden hareketle sosyal devlet anlayışının ortaya koyduğu bir idarî sorumluluk düşüncesidir.

Ancak sosyal devlet anlayışının sonucu olduğu iddia edilen bu ilkenin sosyal adalet anlayışına ne derece uyduğu tartışmalıdır. Zira topluma yönelik tehdit karşısında zarara uğrayanlar eşit konumda iken; alınan risk, uğranılan zarar dikkate alındığında eşitlik ortadan kalkmaktadır. Örneğin terör eylemi neticesi gerçekleşen patlamada bir kişinin hasar gören aracının değeri ile bir başkasının hasar gören aracının değerleri çok farklı olabilmektedir. Bu durumda toplum her ikisinin de riskini eşit olarak paylaşmakta; ancak ödenen tazminat bakımından ciddi farklılıklar oluşabilmektedir.

TERÖR EYLEMLERİNDE SOSYAL RİSK UYGULAMASI

Sosyal risk ilkesinin en çok uygulandığı alan, idarenin terör eylemlerinden doğan sorumluluğudur. Ülkemizde sosyal risk ilkesinin yoğun bir şekilde uygulanması, terör olaylarının artmasıyla başlamıştır. Danıştay, Kamu düzenini bozmaya ve hatta anayasal düzeni yıkmaya yönelik terör olayları sırasında zarar görenlerin bu zararlarının idarece tazmin edilmesini sağlamak amacıyla sosyal risk ilkesi uygulanmaktadır.

Danıştay'ın Yaklaşımı

Davacıların köy muhtarı olan murislerinin yasadışı örgüt elemanlarınca öldürülmesi nedeniyle uğradıkları zararın giderilmesi amacıyla açtıkları davada,

idare mahkemesi önceden ihbar, şikayet veya başvuru bulunmadan idarenin genel önlemler almasının yeterli olduğunu, ayrıca özel ve devamlı önlemler almasının beklenilemeyeceğini, dolayısıyla idarenin hizmet kusuru bulunmadığı ve sosyal risk ilkesinin şartlarının da oluşmadığını belirterek davayı reddetmiştir. Danıştay'a göre;

> "Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradığı özel ve olağandışı zararların idarece tazmini gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindendir. İdarenin belirtilen hukuki sorumluluğu, Türkiye Cumhuriyetinin hukuk devleti olma niteliğinin doğal sonucudur. İdarenin hukuki sorumluluğu sadece kusur esasına, hizmet kusuru teorisine dayanmamakta; idare kusur koşulu aranmadan da sorumlu sayılabilmektedir. Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. Ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin, faaliyet alanıyla ilgili önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da nedensellik bağı aranmadan tazmin etmesi gerekmektedir. Kolektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatla kabul edilmiştir. Ülkemizin belli bir yöresinde yoğunlaşan terörist olaylar denilen eylemlerin devlete yönelik olduğu, Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçladığı, bu tür olayların zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmekte ve gözlenmektedir. Sözü edilen eylemler nedeniyle zarara uğrayan terörist eylemlere herhangi bir şekilde katılmamış olan kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşadan zarar görmektedirler. Kısaca zararın nedeni toplumun bireyi olmaktır. Belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınıp nedensellik bağı aranmadan, terörist olayları önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekir. Esasen terörist olaylar sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini böylece topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olduğu gibi, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir. ... İdarenin hizmet kusurunun bulunmadığı saptansa bile, olağanüstü hallerin yürürlükte olduğu bir zaman ve yerde ortaya çıkan olağandışı zararların sosyal risk ilkesi gereği idarece tazmini gerekmekte olup, açılan tazminat davasını, idarenin hizmet kusuru bulunmadığı, sosyal risk ilkesi koşullarının(ın)da gerçekleşmediği gerekçesiyle reddeden mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemektedir"[10].

[10] D10D, 13.10.1993, E 92/3372, K 93/3777, DD sy. 89, s. 581–583.

Emniyet Müdürlüğünde bekçi olarak görev yapmakta iken katıldığı bir güvenlik operasyonunda terör örgütü mensuplarının açtığı ateş sonucu yaralanan ve tedavi sonucunda, düzenlenen sağlık raporunda aktif bekçilik görevi yapamayacağı belirlenerek vazife malulü olarak emekliye sevk edilen davacının uğradığı zararın tazmini için açtığı davada, Danıştay, mahkeme kararının sosyal risk ilkesi uygulanarak manevi tazminatın kabulüne ilişkin kısmı sonucu itibariyle yerinde görmüştür[11]. Danıştay, benzer bir olayda da davacılar murisinin ilkokul öğretmeni olarak çalışmaktayken teröristlerce şehit edilmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davada, ülkenin belli yöresinde yoğunlaşan devlete yönelik ve anayasal düzeni yıkmayı amaçlayan terör eylemleri sonucu, kendi kusur ve eylemleri nedeniyle değil, salt toplumun bireyi olarak ve toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşa nedeniyle davacılar murisinin şehit edilmesi sonucu uğranılan zararın, terör olaylarını önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen davalı idarece sosyal risk ilkesine göre tazmini gerektiğine karar veren idare mahkemesi kararın bu kısmını onamıştır[12].

Danıştay aynı gerekçelerle jandarma karakolu bahçe duvarına konulan bombanın patlaması sonucu bitişik lojmanda kalan oğlu yaralanan kişinin[13]; yasadışı örgüt elemanlarınca karayoluna yerleştirilen mayının patlaması sonucu kamyonu hasar gören kişinin[14]; teroristlerce kamyonu yakılan kişinin[15]; yasadığı

---

11 "İdare kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında hizmetin işleyişinde ve düzenlenişinde kusuru olmasa bile kamu ajanının kendi kişisel kusurundan doğmamış olmak koşuluyla ajanın çalışma gücündeki eksilme nedeniyle ortaya çıkan maddi zararı kusursuz sorumluluk ilkesine göre gidermekle yükümlüdür...davacının, görevi sırasında geçirdiği silahlı çatışmada yaralanması ile sonrasında uzun süre devam eden tedavi çabaları ile sonuçta benzerlerinden daha önce görevinden ayrılmak zorunda kalması nedeniyle duyduğu acı, ıstırap ve elemin kısmen de olsa karşılanabilmesi amacıyla kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca manevi tazminata hükmedilmesi gerekmekte olup.." D10D, E 99/4192, K 2001/2332, 14.6.2001, (karar yayınlanmadı)

12 D10D, 28.05.1998, E 96/10146, K 98/2344, DD, sy. 98, s. 572–575.

13 D10D, 16.11.1995, E 95/566, K 95/5746, DD, sy. 91, s. 1134–1137.

14 D10D, 04.10.1996, E 95/1102, K 96/5774, DD, sy. 93, s. 530–532.

15 D10D, 25.12.1997, E 96/9012, K 97/6164, DD, sy. 96, s. 616–619. Bozulan kararında idare mahkemesi, olayda idarenin hizmet kusuru ve zararla idare arasında illiyet bağı olmadığı, bireylerin uğradıkları kişisel ve olağanüstü zararların illiyet bağı aranmadan sosyal risk ilkesine göre tazmin edilebilmesi için ise ülke bazında fiili bir durum olarak yaşanan terör eylemleri arasında niteliği itibariyle tazmin yükümlülüğü doğuran eylemlerin ayrımının yapılması gerektiği; aksi takdirde terör eylemleri nedeniyle devletin ilgililere sürekli ödeme yapması sonucunun doğacağı; uyuşmazlıkta kamyonu yakılan davacının fakirleşmiş olmakla birlikte, hayatını idame ettirmesini engelleyecek bir zarara uğramadığı ve olayın hayatını tümden değiştire-

örgüt elemanlarına yapılan saldırıda evi, ahırları, samanlığı yanan ve hayvanları telef olan kişinin[16] uğradığı olağandışı ve bireysel zararların sosyal risk ilkesi gereği idarece tazmini gerektiğine karar vermiştir.

Danıştay Uygulamasının Değerlendirilmesi

Gözler, bazı açılardan haklı olarak kararı eleştirmektedir[17]. Yazar'a göre kararda geçen "idarenin, faaliyet alanıyla ilgili önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da nedensellik bağı aranmadan tazmin etmesi gerekmektedir" ifadesi yanlıştır. Zira öncelikle, idarenin "önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği" zararlarda hizmet kusuru olması gerekir. Ayrıca, nedensellik bağı aranmadan idarenin sorumluluğuna hükmedilmesi mümkün değildir. Sorumluluk için illiyet bağının aranması genel sorumluluk hukukunun da gereğidir. Kararda kullanılan "kolektif sorumluluk" anlayışının idarenin mali sorumluluğunda yeri yoktur. Kaldı ki sosyal risk ilkesinin dayanağı olması da düşünülemez. Fransız uygulaması dikkate alındığında sosyal risk ilkesinin terorist saldırılarda kullanılması da doğru bir uygulama değildir. "Terörist olaylar sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini böylece topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olduğu gibi, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir" düşüncesi de gerçekçi değildir. Bir kere illiyet bağı aranmadan zararın tazminine karar vermek, ancak karar verenlerin hakkaniyet anlayışının sonucu olabilir. Ayrıca örneğin terorist eylem neticesinde çok zengin birinin çok büyük rakamlarla zarara uğradığı düşünülürse onun zararının toplanan vergilerle ödenmesi nasıl sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olabilir?

Gözler'in eleştirdiği bazı hususlara katılmamak mümkün değildir. Her şeyden önce idarenin sorumluluğunun dayanağı olarak karşımıza çıkan "idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" şeklindeki anayasal ilke karşısında idarenin sorumluluğu bakımından zararla idarenin faaliyeti arasında "nedensellik bağı" aranmayacağını kabul etmek mümkün değildir. Ancak, özellikle terorist eylemlerden doğan zararlarda nedensellik bağı konusunda farklı yaklaşımlara ihtiyaç olduğu da muhakkaktır. İdari yargı mercileri, bu gibi durumlarda daha dikkatli ve geniş kapsamlı bir araştırma yapmalı; idarenin kusuru bulunup bulunmadığı konusuna yoğunlaşmalıdırlar.

---

cek etki doğuran bir nitelik taşımadığı; dolayısıyla uğranılan zararın "sosyal risk" ilkesine göre tazmin edilecek zarar kapsamında bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

[16] D10D, 08.10.1996, E 95/2388, K 96/5893, DD, sy. 93, s. 520–523.

[17] GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, c. II, Bursa 2003, s. 1130–1136.

Kararda bahsedilen kolektif sorumluluk anlayışı açıklanmaya muhtaçtır. Kolektif sorumluluk anlayışı ile kastedilen zararın bir kişi üzerinde bırakılmayıp bütün topluma pay edilmesi ise idarenin kusurlu kusursuz, sorumluluğuna hükmedilen her durumda aslında bir anlamda zarar topluma pay edilmektedir. O halde kolektif sorumluluk anlayışı diye ifade edilen anlayışın sosyal risk ilkesinin belirleyicisi olması düşünülemez.

Danıştay, sosyal risk ilkesini konusunda savunulabilir bir yaklaşım sergilememektedir. Diğer yandan ülkemizde sosyal risk ilkesinin mutlaka Fransa'daki uygulama doğrultusunda gelişmesini beklemek de anlamsızdır. Danıştay'ın terorist saldırı sonucu hayatını kaybeden kamu görevlisi muhtarın, öğretmenin yakınlarının uğradığı zararın, idarece karşılanması yönünde gösterdiği çaba; Fransa dahil, hiçbir hukuk devletinde ülkemizin son dönemde karşılaştığı terör eylemlerinin büyüklüğü ve bundan uğranılan zararlar düşünüldüğünde yadırganacak bir durum değildir. Kaldı ki bu tür eylemlerin münferit olay olarak nitelendirilip, zararın zarar görenin üstünde bırakılması, kamu görevlisini dahi koruyamayan idareye güveni ciddi şekilde sarsacak, sadece devletin görevlisi oldukları için zarar tehdidi altında bulunan bu görevlerin kimse tarafından yapılmamak istenmesine yol açacaktır. Dava konusu olayda idare, terör eylemleri nedeniyle olağanüstü hal uygulanan yörede kendi kamu görevlisinin dahi güvenliğini sağlayamamak suretiyle güvenlik kamu hizmetindeki zafiyetini göstermiştir. Danıştay'ın pek çok kararında, kamu görevlilerinin suç niteliğindeki fiilleri ile verdikleri zararlarda idareyi, kamu görevlisinin göreve alınması, yetiştirilmesi, denetlenmesindeki kusuru nedeniyle hizmet kusuru bakımından sorumlu tuttuğu düşünülecek olursa; güvenliğin sağlanması konusunda da gerekli teşkilat, teçhizat, teknik donanımın sağlanıp sağlanmadığı, her türlü tedbirin alınıp alınmadığı hususunda da dava konusu olaylarda ciddi bir hizmet kusuru araştırması yapılması herhalde daha uygun olurdu.

Danıştay'ın terör eylemi sonucu uğranılan zararlarda sosyal risk ilkesini uygulaması kimi zaman, kararda belirtilenin aksine, hakkaniyet ve sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmayacak sonuçlar da doğurmaktadır. Nitekim dava konusu bir olayda davacı müteahhit firma, İstanbul'da yapımı sürdürülen Emniyet Müdürlüğü binasının teröristlerce bombalanması nedeniyle uğradığı zararın idarece tazmini istemiyle açtığı davayı, idare mahkemesi, olayın münferit bir olay olduğu, zarar ile idarenin kolluk görevi arasında nedensellik bağı bulunmadığı, idarenin hizmet kusuru bulunduğunun da kanıtlanamadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Danıştay, yukarıda alıntılar yaptığımız 13.10.1993 tarihli kararın gerekçesini aynen tekrarlayarak, terör eyleminin devlete yönelik olduğunu, olayın kişisel husumetten kaynaklanmadığını, bu sebeple, ortaya çıkan olağandışı

bireysel zararın sosyal risk ilkesi gereği idarece tazmini gerekeceği gerekçesiyle kararı bozmuştur"[18].

Kararlara konu olan olayların birebir örtüştüğünü söylemek mümkün değildir. Bir kere ilk kararda zarar gören, terör eyleminin yönelik olduğu devletin temsilcisi bir kamu görevlisidir. Binanın bombalanması olayında zarar gören ise binanın yapımını üstlenen müteahhit firmanın taşeronu başka bir firmadır. Sonra ilk karardaki olayda terör eylemlerinin yaygınlaşması neticesi ilan edilen olağanüstü halin uygulandığı, yani topluma yönelik tehdidin varlığının muhtemel olduğu bir yerde gerçekleşmiştir. İkinci olaydaki bombalama eylemi ise idarenin özel bir güvenlik tedbiri almasının gerekli olmadığı, hizmet sözleşmesi ile özel hukuk kişilerine yaptırdığı henüz tamamlanıp idareye teslim edilmemiş bir inşaatta gerçekleşmiştir. Danıştay, firmanın, uğranılan zarar miktarı ile orantılı olarak güvenlik tedbiri alıp almadığını bile araştırmaya gerek duymadan sosyal risk ilkesine dayanarak idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir. Eğer sosyal risk ilkesi, bu olayda uygulama alanı bulabiliyorsa, her tür terör eyleminden doğan zararların bu ilkeye göre giderilmesi gerekir ki bu durumu Anayasa'nın 125. maddesine dayandırmak mümkün değildir.

Oysa Danıştay, içmesuyu inşaatının yüklenicisi olan davacı şirketin şantiye binasının teröristlerce basılarak araç ve gereçlerinin yakılıp, işçilerin kaçırılması olayında; hem kusur sorumluluğuna hem de kusursuz sorumluluğa dayanılamayacağını belirttikten sonra, "önceden başvuruda da bulunulduğu halde meydana gelmesi kuvvetle olası olayın önlenmesi için gerekli önlemleri almadığı, gerekli imkan ve aracı temin edilerek hazır bulundurmadığı anlaşılan idarenin hizmet kusuru açık olup; idarenin doğan zararı tazmini gerektiğinden" bahisle idare mahkemesinin kararının sonuç bölümünü uygun bularak onamıştır[19]. Danıştay başka bir kararında ise: "tazmini istenen zarar, davacının yolculuk yaptığı otobüse kimliği belirsiz kişi veya kişilerce konulan bombanın 26.11.1998 tarihinde patlaması sonucu doğmuştur. ... Bu durumda uyuşmazlığın çözümünde, idarenin güvenlik hizmetlerinin işletilmesinde kusurlu davranışının bulunup bulunmadığı araştırıldıktan sonra karar verilmesi gerekirken, sosyal risk esasına göre hüküm kurulmasında hukuka uyarlık görülmemiştir"[20] diyerek terör olaylarında öncelikle hizmet kusurunun varlığını n araştırılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu çerçevede Danıştay'a göre meydana gelmesi kuvvetle olası olayın önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması, gerekli imkan ve aracın temin edilerek hazır bulundurulmaması idare için hizmet kusuru oluşturur. Güvenliğin sağlanması

[18] D10D, E 94/1682, K 95/4256, 09.10.1995, DD, sy. 91, s. 1137–1140.
[19] D10D, 10.4.1996, E 95/53, K 96/1913, DD, sy. 92, s. 757–760.
[20] D10D, 14.01.2002, E 2001/3171, K 200(2)/12 (karar yayınlanmadı)

için önceden başvuruda bulunulmuş olması ise hizmet kusurunun varlığı için bir ön şart olmayıp, hizmet kusuruna ulaşmada diğer delilleri destekleyen bir durumdur.

Devlet kusursuz kişilerin zarar gördüğü terörist eylemleri önlemek ve huzurlu bir toplum düzeni sağlamakla yükümlüdür. Vatandaşlarının can ve mal güvenliğini sağlamak devletin en ilkel görevlerinden birisidir. İdare, bu görevini yerine getirmemekle hizmeti kusurlu işletmiştir[21]. Uygulamanın kusursuz sorumluluk alanında gelişmesinin temel nedeni idarenin sorumluluğunun hizmet kusuruna dayandırılması halinde ortaya çıkacak kusuru ispat meselesidir. Oysa idare, kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca sorumlu tutulursa zarar gören açısından kusuru ispat söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla uğradığı zararı daha kolay ve çabuk bir şekilde tazmin edilebilecektir. Bu açıdan terör olaylarından dolayı idareyi, kusursuz sorumluluk ilkeleri gereğince sorumlu tutmak kişilerin yararına olmaktadır. Bu durum, idare hukukunun kişileri devlet karşısında koruma amacına da uygun düşmektedir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Son yıllarda ülkemizin bir bölümünde yaygınlaşan terör eylemleri neticesi, silahlı kuvvetler mensuplarının uğradığı zararlarda zararla idarenin yürüttüğü hizmet arasında illiyet bağı olduğunu ifade eden AYİM'e göre zararın idare tarafından kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca giderilmesi gerekmektedir:

> "İdare, Güneydoğuda ve Doğu Anadoluda güvenliği sağlamak amacıyla kamu hizmetini yoğun şekilde ifa etmeye çalışmakta ve bu hizmeti ajanları vasıtasıyla yerine getirmektedir. İdarenin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmadığından mücbir sebep olarak kabul edilemez. Bu faaliyetler sırasında kamu hizmetini ifa ederken idare ajanının zarara uğraması ile hizmet arasında nedensellik bağının bulunduğu açıktır. Zararın meydana gelmesinde idarenin bir kusuru bulunmadığından, davacıların zararın doktrin ve mahkeme kararlarıyla gelişen KUSURSUZ SORUMLULUK ilkesine göre davalı idarece karşılanması gerektiği Kurulumuzca kabul görmüştür"[22].

Terör eylemleri sonucu, görevleri sırasında zarara uğrayan silahlı kuvvetler mensupları ile yakınlarını uğradıkları zararın tazmini için açılan davalarda bazen herhangi bir kusursuz sorumluluk ilkesinden bahsetmeden "olayımızda

---

[21] GÜNDAY, s. 333.

[22] AYİM2D, 11.10.2000, E 00/634, K 00/603, AYİMD, sy. 15, s. 984-986; AYİM2D, 24.02.1999, E 98/368, K 99/123, AYİMD, sy. 14, s. 934-937; AYİM2D, 10.06.1998, E 97/677, K 98/463, AYİMD, sy. 13, s. 921-924.

idareye atfı kabil bir hizmet kusurunun varlığından söz edilemez ise de; kamu görevinin ifası sırasında meydana gelen zarar ile görevden kaynaklanan eylem arasında sıkı bir illiyet bağı bulunduğu, zararın hizmetin içinden doğduğu nazara alındığında kusursuz sorumluluk kuram ve ilkesi gereğince davacının uğradığı zararın davalı idarece karşılanması gerek(ir)"[23] formülünü kullanan AYİM, bazen de "zararlı sonuç doğuran olay ile hizmet arasında illiyet bağı bulunduğundan kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın zarar gören üzerinde bırakılmayarak topluma yayılması adalet, eşitlik, hakkaniyet esaslarına uygun düşeceğinden davacının zararlarının bu esaslara göre karşılanması gerekeceği sonucuna ulaşılmıştır"[24] diyerek idarenin sorumluluğuna hükmetmektedir.

AYİM kararlarının büyük bir kısmında bu konuda idarenin sorumluluğunun, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca olacağı belirtilmektedir. Nitekim jandarma devriyesi aracında bulunan davacının, görev dönüşü askeri araca teröristlerce yapılan roketli saldırı sonucu uğradığı zararın kusursuz sorumluluk kavramı uyarınca idarece tazminini gerekli bulan AYİM'e göre;

> "Son yıllarda Güneydoğu ve Doğu Anadoluda yoğunlaşan terör eylemleri sebebiyle Anayasanın 120 nci maddesine göre bazı illeri kapsayan olağanüstü hal ilan edilmiş, bu olağanüstü hal uygulaması sırasında çok sayıda güvenlik görevlileri ve asker kişi şehit olmuştur. Devletin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmadığı gibi, mücbir sebep olarak da nitelendirilmediğinden, bu faaliyetler sırasında teröristlerin eylemlerinden zarara uğrayanların bu zararı, tüm ülkede olmayıp, ülkenin bir kısmında terör örgütleri tarafından yaratılan bir zarar olduğundan, savaş halinde olduğu gibi tüm toplumun katlanmak durumunda kaldığı bir kamu külfeti olarak değerlendirilmeyip, özel ve olağandışı nitelik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince idare tarafından tazmini gereken bir zarar olarak kabul edilmiştir"[25].

---

[23] AYİM2D, 13.06.2001, E 00/498, K 01/511, AYİMD, sy. 16, s. 659-664; AYİM2D, 24.03.1999, E 98/853, K 99/200 AYİMD, sy. 14, s. 937-938; AYİM2D, 01.04.1998, E 97/718, K 98/228 AYİMD, sy. 13.

[24] AYİM2D, 11.12.2002, E 01/440, K 02/979, AYİMD, sy. 18, k. 2, s. 858–861; AYİM2D, 25.12.2002, E 01/767, K 02/982, AYİMD, sy. 18, k. 2, s. 855–858; AYİM2D, 03.12.2001, E 01/205, K 01/902, AYİMD, sy. 17, s. 1172–1175; AYİM2D, 21.03.2001, E 00/52, K 01/360, AYİMD, sy. 16, s. 656-659; AYİM2D, 04.12.1996, E 96/200, K 96/1022, AYİMD, sy. 12, s. 1039-1042; AYİM2D, 26.01.1994, E 88/451, K 94/146, AYİMD, sy. 9.

[25] AYİM2D, 22.06.2001, E 00/417, K 01/570, AYİMD, sy. 17, s. 1178–1180; AYİM2D, 22.06.2001, E 01/45, K 01/568, AYİMD, sy. 16, s. 664-666; AYİM2D, 02.05.2001, E 00/259, K 01/389, AYİMD, sy. 16, s. 652-656; AYİM2D,

Terör eylemlerinden uğranılan zararlarla ilgili olarak, zarar verici eylemi yapanla idare arasında bir ilişkinin bulunmadığı durumlarda dahi zararla idarenin faaliyeti arasında illiyet bağının olabileceğini kabul eden AYİM, sadece görev sırasındaki zararlarla ilgili değil; zarara uğrayanın kamu görevlisi sıfatı nedeniyle meydana gelen zararlarda da illiyet bağının kesilmeyeceği görüşündedir. Bu çerçevede davacıların desteği olan müteveffa astsubayın özel aracıyla karayolunda giderken, yol kesen bölücü örgüt mensuplarınca şehit edilmesinden doğan zararın tazmini için açılan davada idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi gereği sorumlu olduğuna hükmeden AYİM kararda şu görüşlere yer vermiştir:

> "İdarenin sorumluluğu kusurlu davranış nedenini aşarak kusursuz sorumluluk hallerini de kapsayan bir genişlik kazanırken diğer yandan zarar verici eylemi yapanla idare arasında bir ilişkinin bulunmadığı, bazı hallerde dahi idarenin sorumlu tutulması kabul edilmektedir. Böylece öğretide ve yargı kararlarında idarenin eylemlerinden dolayı sorumluluğu, mücbir sebep ve idarece alınacak tedbirlerle giderilmesi mümkün olmayan umulmadık haller dışında kabul edilmektedir. Müteveffaya gece yola gitmemesi yolundaki emir tebliğine rağmen saat 19.00 sıralarında yola devam etmesi fiili illiyet bağını kesecek nitelikte olmayıp müterafik kusur olarak değerlendirilmiştir. Bu nedenlerle davacının zararlarının özel ve olağandışı özellik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince davalı idarece karşılanması gerektiği sonucuna varılmıştır"[26].

18.10.2000, E 00/585, K 00/673, AYİMD, sy. 15, s. 976-978; AYİM2D, 14.04.1999, E 98/796, K 99/288, AYİMD, sy. 14, s. 932-934; AYİM2D, 17.06.1998, E 97/395, K 98/512, AYİMD, sy. 13, s. 917-921; AYİM2D, 10.12.1997, E 97/233, K 97/1032, AYİMD, sy. 12, s. 1036-1039; AYİM2D, 26.02.1997, E 95/385, K 97/189, AYİMD, sy. 12, s. 1042–1044; AYİM2D, 12.06.1996, E 95/85, K 96/599, AYİMD, sy. 11, s. 935-938; AYİM2D, 20.06.1996, E 95/965, K 96/563, AYİMD, sy. 11, s. 933-935; AYİM2D, 28.06.1995, E 94/1587, K 95/578, AYİMD, sy. 10; AYİM2D, 26.04.1995, E 94/1301, K 95/322 AYİMD, sy. 10, s. 953–957; AYİM2D, 11.01.1995, E 93/556, K 95/18, AYİMD, sy. 10; AYİM2D, 16.11.1994, E 93/221, K 94/1679, AYİMD, sy. 9.

[26] AYİM2D, 18.02.1998, E 98/541, K 98/203, AYİMD, sy. 13, s. 910-914. OHAL Bölgesinde görevli olup şahsi eşyalarını getirmek üzere birliğinden izinli özel arabasıyla karayolunda seyir halinde iken bölücü teröristlerce yolu kesilerek şehit edilen astsubayın yakınlarının uğradığı zararın tazmini için açılan dava da AYİM kararında aynı gerekçeye yer vermiştir: "İdarenin hukuki sorumluluğu için; bir zararın mevcudiyeti, zarara yol açan eylemin idareye yüklenebilir olması, zararla eylem arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir. Ölüm olayının davacıların yakınının Silahlı Kuvvetlere mensup birisi olanak OHAL Bölgesinde emniyet ve asayişin sağlanmasında görevlendirilmiş olması nedeniyle bu durumu bilen teröristlerce gerçekleştirilen eylem sonucunda meydana geldiği ve Astsubay ....'ın salt ifa ettiği

Yine davacıların desteği diş tabibi subayın terör örgüt mensuplarınca, mesai sonrası muayenehanesinde öldürülmesi nedeniyle doğan zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idarece tazmini gerektiğine karar veren AYİM'e göre;

"Her ne kadar ölümü doğuran olayın meydana gelmesinde idarenin herhangi bir kusurundan söz edilemez ise de, Silahlı Kuvvetlerin mensubu olarak ifa ettiği görevler dolayısıyla şehit edilen kamu ajanlarının ölümü nedeniyle doğan zarardan kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarenin sorumlu tutulması gerekir. İdarenin sorumluluğu için bir zararın mevcudiyeti, zarara yol açan eylemin idareye yüklenebilir olması, zararla eylem arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir. Ölüm olayının davacıların yakınının Silahlı Kuvvetlere mensup birisi olduğunu bilen teröristlerce gerçekleştirilen eylem sonucunda ve müteveffanın salt ifa ettiği kamu görevi yüzünden öldürülmesi nedeniyle fiil ve sonuç ilişkisinin idareye yüklenebilir olduğu değerlendirilmiştir... Devletin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmadığı ve dolayısıyla mücbir sebep olarak nitelendirilmediğinden, bu faaliyetler sırasında teröristlerin eylemlerinden zarara uğrayanların bu zararı, tüm ülkede değil ülkenin bir kısmında terör örgütleri tarafından yaratılan bir zarar olduğundan, savaş halinde olduğu gibi tüm toplumun katlanmak durumunda olduğu bir kamu külfeti olarak değerlendirilmemiş, özel ve olağandışı nitelik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince zarar olarak kabul edilmiştir."[27]

Aslında bu kararlarda AYİM'in bakış açısına göre dahi kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanılması doğru olmamıştır. Zira ortaya çıkan zarar, görevlinin, kamusal bir yükümlülük nedeniyle kamunun yararına yapılan görev nedeniyle zarara uğraması niteliğinde olmayıp, doğrudan taşıdığı resmi sıfatının getirdiği bir riskten kaynaklanmaktadır.

---

kamu görevi yüzünden öldürüldüğü cihetle fiil ve sonuç ilişkisinin idareye yüklenebilir özellikte olduğu değerlendirilmiştir. Ölenin vazife gereği görev mahalline gidiş için yolculuk ettiği aracın kamu aracı ya da özel araç olmasının sorumluluk açısından bir önemi bulunmamaktadır. Devletin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmadığı ve dolayısıyla mücbir sebep olarak nitelendirilmediğinden, bu faaliyetler sırasında teröristlerin eylemlerinden zarara uğrayanların bu zararı, tüm ülkede değil ülkenin bir kısmımda terör örgütleri tarafından yaratılan bir zarar olduğundan, savaş halinde olduğu gibi tüm toplumun katlanmak durumunda olduğu bir kamu külfeti olarak değerlendirilmemiş, özel ve olağandışı nitelik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince zarar olarak kabul edilmiştir" AYİM2D, 17.01.1996, E 95/248, K 96/27, AYİMD, sy. 11, s. 923-928.

[27] AYİM2D, 09.04.1997, E 1996/554, K 1997/303, AYİMD, sy. 13.

O halde terör eylemlerinden uğranılan zararla ilgili AYİM uygulamasında şu hususlar ön plâna çıkmaktadır:

1) Görev sırasında veya görev sebebiyle ortaya çıkan zarara, idare dışı unsurların yol açmasına rağmen Yüksek Mahkeme, zararın hizmetin içinden doğduğu gerekçesiyle ortaya çıkan zarar ile, idarenin güvenliği sağlamak amacıyla yoğun şekilde ifa etmeye çalıştığı kamu hizmeti arasında nedensellik bağının bulunduğunu kabul etmekte; dolayısıyla, Danıştay gibi nedensellik bağı bulunmayan hallerde de idarenin sorumlu olabileceği gibi bir düşünceye itibar etmemektedir.

2) İdarenin sorumluluğu için idarenin güvenlik kamu hizmetinde kusuru bulunmasa dahi zararın idari faaliyetin yürütülmesi sırasında meydana gelmesi nedeniyle zararın zarargören üzerinde bırakılmayarak topluma pay edilmesinin hakkaniyete ve kamu külfetleri karşısında eşitliğe uygun düşeceğini ifade etmektedir. Böylece zararın yürütülen hizmetin bünyesinde barındırdığı bir tehlikeden kaynaklandığını kabul edip, idarenin sorumluluğunu mesleki risk ilkesine değil; zarar görenin kamu yararı uğruna katlandığı kamusal yükümlülük nedeniyle uğradığı özel ve olağanüstü zararın topluma pay edilmesi düşüncesinden hareketle kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayandırmaktadır.

3) AYİM, tazminat miktarının belirlenmesinde, güvenlik kamu hizmetini gören kamu görevlilerinin taşıdıkları mesleki risk nedeniyle uğradıkları zararlara ilişkin bir Kanun olan 2330 sayılı Nakdi Tazminat Ödenmesi ve Aylık Bağlanması Hakkındaki Kanun hükümlerine göre zarargören ya da yakınlarına ödenen tazminatların da dikkate alınacağını kabul etmektedir[28].

---

[28] "Nakdi Tazminat ödenmesi ve Aylık Bağlanması Hakkında 2330 Sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde bu Kanun hükümlerine göre bağlanan aylık ve ödenen nakdi tazminatın uğranılan maddi ve manevi zararlar karşılığı olduğu belirtilmektedir.Davacı hakkında GATA Sağlık Kurulu tarafından düzenlenmiş bulunun 17.09.1997 gün ve 11936 Sayılı raporda : sol diz üstü 1/3 orta bölümünden ampute, sağ kalça dizartüküle, sol el bileği dorsoflexıon terbest, parmaklarda operasyon ve abduksiyon hareketi olmadığının tesbit edildiği bildirilerek "mayına basması sonucu sağ kalça dizartikülasyonu + sol diz üstü amputasyonlusu + sol ulna + parçalı kırığı + sağ el 3, 4 metacarp ve 3. parmak proksimal falanks kırığıö tanısı ile karar hanesinde belirtilen işgücü kayıp oranı ve günlük yaşam aktivitelerinde bir başkasının bakım ve yardımına muhtaç olduğunun belirtilmiş bulunması gözönünde bulundurularak Mahkememizin bu konudaki yerleşik içtihatları uyarınca davacının günün her saatinde bir bakıcının bakım ve yardımına muhtaç olmayıp, günün belli saatlerinde PART–TİME esasına göre kendisine yardım edecek bir bakıcı tarafından gerekli hizmetlerin verilmesinin yeterli olduğu ve Sağlık Kurulu raporunda belirlenen sakatlık durumu itibariyle 1/4 bakıcı ücreti takdir edilmesi gerektiği sonucuna varılmış, re'sen seçilen bilirkişiye bu yönde verilen talimat uyarınca bilirkişi tarafından dü-

TABİİ AFETLERDEN DEVLETİN SORUMLULUĞU

Tabii afetler, uzunca bir süre idarenin sorumluluğunu kaldıran nedenler olarak kabul edilmiştir. İdarenin tamamen dışında gerçekleşen ve kural olarak idarenin önüne geçemeyeceği fevkalade ve arızi olaylar olarak nitelendirilen tabii afetlere bakış, özellikle ülkemizde son yıllarda Marmara Bölgemizde gerçekleşen depremden sonra değişmeye başlamıştır[29].

Gerçekten de Dünyanın çeşitli yerlerinde, örneğin Japonya'da meydana gelen 7 –8 büyüklüklerinde depremler, herhangi bir can kaybına, kayda değer mali kayıplara yol açmazken, ülkemizde 4 ve üzeri büyüklükteki depremler ciddi zararlara yol açabilmektedir. İki ülke arasındaki bu korkunç farklılık hangi sebeplerden kaynaklanmaktadır? Bu durum, özellikle Marmara Depreminden sonra gerek kamuoyunda gerekse hukuki zeminde tartışılmış; ortaya çıkan felaket tablosunda mahalli idarelerin (genel olarak da devletin) düzenleme ve denetim zafiyetinin olduğu yolunda tespitler yapılmıştır. Bu tespitler sonucunda, tabii afetler nedeniyle meydana gelen zararlardan, kamu hizmetini kendinden beklenen kalitede yapmayan, üzerine düşen düzenleme ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen idarenin, hizmet kusuru ilkesi uyarınca sorumlu olacağı kabul edilmeye başlanmıştır. Bu çerçevede, "davacıya ait taşınmazda tabi bir afet olan heyelan sonucu oluşan zararın 2918 sayılı Yasa ile 5539 sayılı Yasa uyarınca bu yapıya mesken ruhsatı vermediği anlaşılan davalı idarenin yürüttüğü hizmetten kaynaklanmadığı sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır" diyen

---

zenlenerek Mahkememize ibraz edilen 15.02.1999 tarihli bilirkişi raporunda davacı ...'in maddi tazminat hakedişinin, nakdi tazminatın faizlendirilmiş mahsubundan sonra 8.187.032.550.Tl. olduğu bildirilmiştir". AYİM2D, 22.06.2001, E 00/417, K 01/570, AYİMD, sy. 17, s. 1178–1180. "Mahkememizin yerleşik içtihatları gereğince davacıya T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğünce bağlanan vazife malullüğü aylığı ve ödenen tütün ikramiyeleri olay nedeniyle sağlanan yarar olarak kabul edilerek maddi zararlardan düşülmekte ayrıca 2330 sayılı Nakdi Tazminat Ödenmesi ve Aylık Bağlanması Hakkındaki Kanun hükümleri uyarınca davacıya nakdi tazminat ödendiğinden bahse konu Kanunun 6 ncı maddesinde, bu kanun hükümlerine göre ödenecek nakdi tazminat ile bağlanacak emekli aylığının maddi ve manevi zararlar karşılığı olduğu, yargı mercilerinde maddi ve manevi zararlar karşılığı olarak kurumların ödemekle yükümlü tutulacakları tazminatın hesabında bu kanun hükümlerine göre ödenen nakdi tazminat ile bağlanmış bulunan aylıkların göz önünde tutulacağı belirtilmiştir" AYİM2D, 11.12.2002, E 01/440, K 02/979 AYİMD, sy. 18, k. 2, s. 858–861

[29] KUTLU Meltem, "Deprem ve İdarenin Sorumluluğu", AİD, c. 32, sy. 4, s. 15 vd.

Danıştay[30] kararın mefhum–u muhalifinden, idarenin ruhsat verseydi tabii afet olmasına rağmen hizmet kusuru sebebiyle sorumluluğunu kabul etmektedir.

Kaldığı DGM lojmanı, deprem sonucu yıkılan ve bu sebeple zarara uğrayan kişinin açtığı davada idare mahkemesi,

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

gerekçesiyle, davacının maddi ve manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmiştir. Danıştay 10. dairesi ise

> "zararın mücbir sebep sayılması gerektiği açık olan deprem sonucu meydana geldiği, kusurdan uzak, önceden bilinemeyen, karşı konulamayan, idarenin faaliyetleri dışında meydana gelen gerçek bir olay olan mücbir sebebin zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkaran, zararla idari faaliyet arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldıran etkenlerin başında geldiği", dolayısıyla idarenin tazmin sorumluluğundan söz etmeye imkan bulunmadığını ifade etmiştir.10. daire mücbir sebep–umulmayan hal arasındaki farka da değinerek "umulmayan halin idarenin faaliyetleri içinde doğan sebeplerden kaynaklandığı, bu özelliğiyle de idarenin faaliyetleri dışında doğan mücbir sebepten ayrıldığı, bu ayrım nedeniyle depremin umulmayan hal olarak nitelendirilmesine olanak olmadığı gibi umulmayan hallerde nedensellik bağı kurulması koşuluyla idarenin kusursuz sorumluluğundan söz edilirken, nedensellik bağı bütünüyle ortadan kalkan mücbir sebep hallerinde, idarenin tazmin sorumluluğuna gidilemeyeceği"

---

[30] D10D, 17.06.1998, E 96/4488, K 98/2665, DD, sy. 98, s. 563.

gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuştur. İdare mahkemesinin ısrar kararı üzerine Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, birinci derecede deprem bölgesi olan ilde gerekli inceleme ve araştırma yapmadan lojman satın alan idarenin hizmet kusuru bulunduğunu belirterek idare mahkemesi kararını onamıştır[31].

Uyuşmazlık Mahkemesi de deprem nedeniyle uğranılan zararların idarenin hizmet kusuru esasına göre tazmini istemiyle açılan davanın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği görüşündedir[32]. Yine Yüksek Mahkeme'ye göre devlet malı niteliğinde olan Kale surlarının çökmesi sonucunda işyerinin enkaz altında kalması ve murisin ölümü nedeniyle uğranılan zararların, idarenin hizmet kusuru esasına göre, idari yargı yerinde çözümlenmesi gerekir[33].

AYİM, tabii afetlerden idarenin sorumluluğu konusunda idarenin sorumluluğuna hükmetmesi açısından benzer bir sonuca ulaşmakla beraber, gerekçe olarak farklı yaklaşım sergilemektedir. Öngörülememe ve önlenememe özelliği dolayısıyla mücbir sebep teşkil etmekle beraber; güvenlik gerekçesiyle zorunlu olarak stratejik önemi olan bir bölgede inşa edilen sınır karakoluna düşen çığ altında kalarak ölen erin yakınlarının uğradıkları zararın, görülen askeri hizmetle meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağının kesilmediği dikkate alındığında, kusursuz sorumluluk kuramı gereğince idarece karşılanması gerektiğine karar veren Yüksek Mahkeme kararında yargı kararlarına ve doktrine atıf yaparak mücbir sebebi anlattıktan sonra[34] mücbir sebepten doğan zararlardan idarenin

---

31 DİDDGK, 17.01.1997, E 95/752, K 97/57, DD, sy. 93, s. 95–99.

32 UM, 12.11.2001, E 01/87, K 01/94, RG, 17.01.2002, sy. 24643.

33 UM, 12.11.2001, E 01/70, K 01/79, RG, 17.01.2002, sy. 24643.

34 "Mücbir sebep (zorlayıcı neden), genel anlamda sezilemeyen ve karşı konulamayan bir olay demektir. Bu kavram Borçlar Kanununun çeşitli maddelerinde (m. 252, 293, 478, 481) "Mücbir sebep", "mücbir kuvvet" ve "esbabı mücbire" deyimleri ile anlatılmaktadır. Zorlayıcı neden, zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkaran ve zararla idari etkinlik (faaliyet) arasındaki illiyet bağını kesen etkenlerin başında gelir. Zorlayıcı neden sayılan olaylar genellikle doğadan gelir. Deprem, yıldırım, taşkın, fırtına, kasırga, bora, toprak ve dağ kayması, çığ, sel, yağmur vb. gibi. Bunun yanında; harp, devrim(ihtilâl), ayaklanma, ekonomik abluka, olağanüstü durumların yol açtığı yağmacılık, çapulculuk gibi insan ve toplum olayları ile Devletçe konulmuş hukuki yasaklar da zorlayıcı neden sayılır (Yüksel ESİN Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, II. Kitap, Esas, Ankara 1976, Sh.237). Bir Danıştay kararında () mücbir sebep kavramının başlıca unsurları "kusursuzluk", "sezilemezlik", "karşı konulamazlık" ve "gerçeklik" şeklinde ifade edilmektedir. DI2D, 18.06.1975, E 1972/2721, K 1975/1343. Mücbir sebebin unsurları sayılırken Danıştay'ın, tanımda yer verdiği fakat unsurları sıralamada adım anmadığı bir husus daha vardır: Olayın kökeninin "failin dışında" kalması (Dışsallık unsuru). Yargı kararlarında ve bunları değerlendiren bilimsel çalışmalarda, mücbir sebebin kaza, tesadüfi olay veya "umulmayan hal" denilen ve zararla ilişkili faaliyetin içinden doğan olaylardan

ayrılabilmesi için bu unsura başvurulmaktadır. Böyle bir ayırımın pratik yararı ise şu noktadadır: Kaza ve benzeri umulmayan hallerde, zarara yol açan olay, kökeni itibariyle sorumluluğu tartışılan hukuk kişisinin faaliyeti içinde olduğundan; bu kişi, kusuru bulunmasa da objektif olarak sorumlu tutulabilir. Oysa, mücbir sebebin varlığı kabul edildiğinde artık objektif olarak sorumlu tutulabilir. Oysa, mücbir sebebin varlığı kabul edildiğinde artık objektif sorumluluk da söz konusu olmaz. Çünkü olay, sorumlu tutulabilecek kişi ile zarar arasına etkin biçimde girmiş ve illiyet bağını koparmıştır (YAYLA Yıldızhan, İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, Sorumluluk Hakkında Yeni Gelişmeler III.Sempozyumu, İstanbul 1980, Sh.4748). Gerçekten, umulmayan (beklenmeyen) halin öğretideki tanımlaması da bizi bu sonuca götürmektedir. Çünkü öğretide tanımlamaya göre; idarenin faaliyeti yürütülürken birdenbire ortaya çıkan, yani öngörülemeyen fakat bilinse önlenebilir olan bir olayın meydana gelmesi, beklenmeyen hale sebebiyet verir. Diğer bir deyişle, beklenmeyen haller; idarenin kusurlu sorumluluğunu kaldıran, fakat kusursuz sorumluluğun devamına engel olmayan ani, umulmayan veya o sırada bilinmeyen olaylardır. (Yıldızhan YAYLA, İdare Hukuku, İstanbul 1990, Sh.155.) oysa mücbir sebebi teşkil edecek olaylar, idarenin elindeki araçlarla ya da herhangi bir güçle önlenemeyecek, karşı konulamayacak türdendir. Böyle "sezilememek" ve "karşı konulamamak" zorlayıcı sebebin ayırt edici unsurları olmaktadır. Öte yandan "kusursuzluk" ve "gerçeklik" unsurları gözetildiğinde de aynı sonucu vurgulamak mümkündür. Gerçekten idari kusurdan ileri gelen bir olayı zorlayıcı sebeple (mücbir sebeple) açıklamak mümkün değildir. Yine zorlayıcı sebepten söz edebilmek için söz konusu olayın doğmuş, meydana gelmiş olması gerekir. Doğması beklenen veya doğacağı sanılan olaylar mücbir sebep iddiasına konu olamaz. (Kazım YENİCİ Yüksel ESİN, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, sh.102) Mücbir sebep üzerindeki bu tanımlama ve açıklamalar, zaman içerisinde idari yargı organlarında ve öğretide farklı bir mahiyet ve anlam kazanmıştır. Gelişen teknoloji ve idarenin yükselen standardı, mücbir sebep uygulamasının giderek azalmasına yol açmaktadır. Çünkü idare, güçlülüğü ölçüsünde sorumludur. İdarenin elindeki istatistikler, bilgiler, veriler, iletişim imkânları ve uzman personel, olaylardaki öngörülmezlik unsurunu giderek daraltmaktadır. Sözgelimi, yağış istatistikleri, aynı olayın daha önce yer ve zamanı belirlenebilir şekilde görüldüğünü belgeleyen kayıtlar öngörülmezliği sınırlayabilmektedir. Öngörülmezlik gibi önlenemezlik bakımından da idarenin standardı özel kişilerin çok üstündedir. Mesela, idare bir faaliyete başlarken, bir tesis kurarken, bunun yerini seçmekte genellikle takdir yetkisine sahiptir. Ama, idarenin elindeki bilgi ve bululara rağmen, sözgelimi bir heyelan bölgesinden veya dere yatağına yakın bir noktadan karayolu geçirilmişse, yolun çökmesi halinde idare sorumlu tutulabilecektir. Çünkü, zarar veren tesisi, kaçınılması gereken bir yere yapmıştır. Bunun gibi, idare, teknik imkânları elverdiğince tabii (doğal) olayları dahi engelleyecek tedbirleri almalıdır. Bununla birlikte, idarenin standardını abartmak, Devletin mali ve teknik imkânlarını aşan yükümlülükleri kamuya yüklemek olur. Danıştay da, alınacak tedbirlerin ekonomik ve mali yükünü göz önünde tutarak bu standardı uygulamaktadır. (Yıldızhan YAYLA, İdare Hukuku I., sh.156) Kurulduğu yıllardan itibaren AYÎM'de, önüne gelen olaylarda "mücbir sebep" teşkil eden olaylarda idarenin sorumluluğu ya da sorumsuzluğuna ilişkin muhtelif kararlara varmıştır. Örneklemek gerekirse; Hudut karakolunda görevli iken, karakol ihtiyacı için 500 metre ilerideki çeşmeden su almaya giderken düşen çığ altında kalarak ölen

sorumluluğu konusunda, öğretideki görüşlerle yargı kararlarının teknolojinin gelişmesine paralel olarak değiştiği ifade edilerek kararını şöyle tamamlamıştır:

> "Dava konusu sınır karakoluna çığ düşmesi olayında da ortada mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı nedeniyle, davacıların desteğinin öldüğü maddi bir vakıadır. 1984 yılından itibaren giderek geniş bir alana yayılan ve devletin bütünlüğüne ve öz varlığına yönelen bölücü terör olayları nedeniyle, sınır karakollarının sayısı davalı idarece çoğaltılmış ve askeri açıdan stratejik konum ve önemi bulunan sınır bölgesinde bu karakollar inşa edilmiştir. Davalı idare, bu karakolları inşa ederken bölgenin coğrafi ve iklim yapısından ziyade, güvenlik nedenlerini daha ön planda tutmak zorunluluğunda kaldığından, davacı vekilinin çığa müsait bir bölgede karakolun inşasının hatalı olduğu, bu nedenle davalı idarenin hizmet kusurunun açık olduğuna ilişkin iddialarına katılmak mümkün görülmemiştir. Ancak, olayın cereyan ettiği anda salt askerlik hizmetinin ifası maksadıyla davacının sınır karakolunda görevli olarak bulunması dahi, idarenin sorumluluğu için yeterli bir neden oluşturacağından, idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu açıktır. Gerçekten askerlik görevinin ifası amacıyla sivil yaşamından soyutlanarak üniforma giyen ve kendisine emredilen bir askeri vazifenin ifası, Türk Devletinin sınırlarını bölücü teröristlerden korunması

---

erin yakınlarının açtığı tazminat davasında, karakolun bulunduğu bölgenin çığ tehlikesinin büyük olduğu bir mıntıka olmasının umulmayan hale sebebiyet verdiği değerlendirilerek, idarenin sorumluluğu yoluna gidilerek tazminata hükmedilmiş (AYİM.3.D13.7.1976; "1974/61E. 1976/407K.); Hudut taburunda görevli iken çığ düşmesi sonucu ölen üsteğmenin yakınlarının açtığı tazminat davasında, idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilerek tazminata hükmedilmiş (AYİM.3.D8.6.1976; 1976/1935E. 1976/3065K,); Hudut taburunda görevli iken, bölükten karakola tertip edilen yeni eratı getirmek, bazı ihtiyaç maddelerini getirmek ve karakol eratının memleketten gelen paralarını almak üzere görevli olarak Bölük merkezine giden ve dönüşte yolda aniden çıkan tipi sebebiyle donarak ölen erin yakınlarının açtığı tazminat davasında; idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilerek tazminata hükmedilmiş (AYİM.3.D21.9.1976; 1974/2425E., 1976/5184K.); Hudut nöbeti sırasında havanın fazla yağışlı olması nedeniyle düşen yıldırımın isabeti sonucu ölen erin yakınlarının açtığı tazminat davasında, hudut nöbeti görevine tahsis edilen önemli bir yerde devamlı görev halinde bulunan personelin yağışlı havalarda yıldırımdan korunması için tedbir alınmamış olunması dolayısıyla, ortada bir umulmayan halin söz konusu olduğu belirtilerek, idarenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilerek, tazminata hükmedilmiş (AYİM.3.DJ4.12.1976; 1974/512E., 1976/8150K.) Anılan AYİM Kararlarından da açıkça görüleceği üzere, Mahkememizin kararları öğretideki son gelişmelere paralel bir seyir izlemiş idarenin yükselen standardı gözetilerek, mücbir sebep teşkil eden doğa olaylarının varlığına rağmen, idarenin sorumluluğu yoluna gidilmiştir". AYİM2D, 14.04.1993, K 93/6147, AYİMD, sy. 8.

maksadıyla sınır karakolunda görevlendirilen desteğin, bu doğa olayına maruz kalarak şehit düşmesinde, her halükarda askeri görevin sebep ve etkisi bulunmakta, bunun doğal sonucu olarak ta idarenin kusursuz sorumluluğuna yol açan bir illiyet bağının mevcut olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, ortada mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı (çığ düşmesi) mevcut olmakla beraber, öğretide bu yönde gelişen görüşler ve Mahkememizin evvelki istikrarlı kararlan gözetilerek ve idarenin yükselen standardı da göz önüne alınarak, davacıların uğradıkları zararın kusursuz sorumluluk esasına göre idarece karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır"[35].

Bu çerçevede AYİM, görev sırasında meydana yıldırım düşmesi[36], toprak kayması[37] gibi tabi olaylar neticesi meydana gelen zararlardan idarenin kusursuz sorumluluk ilkelerine göre sorumlu olduğu görüşündedir.

GÜVENLİK KAMU HİZMETİNİN YÜRÜTÜLMESİNDE HİZMET KUSURU

Kamunun güvenliğine, bireylerin can ve mal emniyetine yönelik tehditlerin neden olduğu zararlarda idarenin sorumluluğu, yargı organı tarafından genellikle kusursuz sorumluluk ilkesi kapsamın ele alınmakta ve Danıştay tarafından sosyal risk ilkesi, AYİM tarafından ise kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi tercih edilmektedir. Ancak terör eylemlerinden zarara uğrayanların açacakları

---

35 AYİM2D, 14.04.1993, K 93/6147, AYİMD, sy. 8.

36 "Davacıların yakını J.Er...'nin nöbet görevi esnasında yıldırım düşmesi sonucunda ölümü olayında davalı idareye atfı kabil bir hizmet kusurunun varlığından söz edilemez. Kamu hizmeti sayılan askerlik görevi sırasında idarenin bir kusuru bulunmaksızın meydana gelen zararın, zarar gören üzerinde bırakılmayıp, bu kamu hizmetinden faydalananlara yansıtılması hukukun temel ilkelerinden olan hak ve nesafet kurallarına dayalı fedakarlığın kamuya paylaştırılması ilkesinin gereği olduğu, davacıların uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanması gerektiği kabul edilmiştir". AYİM2D, 11.11.1996, E 96/109, K 96/921, AYİMD, sy. 12, s. 976-979, Aynı yönde AYİM2D, 01.12.1999, E 99/97, K 99/82, AYİMD, sy. 14, s. 879-881; AYİM2D, 18.04.2001, E 00/274, K 01/388, AYİMD, sy. 16, s. 592-594.

37 "Olayımızda idareye atfı kabil bir hizmet kusurunun varlığından söz edilemez ise de, müteveffanın görevli bulunduğu esnada bu doğa olayına maruz kalarak şehit düşmesinde askeri görevin sebep ve etkisi bulunduğundan, bunun doğal sonucu olarak idarenin sorumluluğuna yol açan bir illiyet bağının mevcut olduğu görülmektedir. Ortada mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı mevcut olmakla birlikte idarenin yükselen standardı göz önüne alınarak ve Mahkememizin istikrarlı kararları gözetilerek davacıların uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk esasına göre davalı idarece karşılanması gerektiği sonucuna varılmıştır". AYİM2D, 22.04.1998, E 97/649, K 98/316, AYİMD, sy. 13, s. 826-829.

davalarda idari yargı yerleri öncelikle idarenin kamu düzenini, bireyin güvenliğini koruma görevini tam olarak yerine getirip getirmediğini; başka bir ifadeyle idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını araştırmak; hizmet kusuru yoksa, şartları gerçekleşmişse idarenin kusursuz sorumluluğu uyarınca sorumluluğu belirlemek durumundadır.

Mumcu kararında, davayı gören idare mahkemesi, "insan hak ve özgürlükleriyle sosyal devlet kavramlarının önem kazandığı günümüzde, idarenin sorumluluğunun yalnızca 'Hizmet kusuru' ilkesiyle sınırlı tutulmadığı, 'kusursuz sorumluluk, objektif sorumluluk ve kolektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk' ilkesine göre de idarenin sorumlu tutulacağının yargı kararlarıyla kabul edildiği, bu nedenle ülkenin içinde bulunduğu yoğun terör eylemlerinin bir sonucu olarak öldürülen ...'nun mirasçılarının olay nedeniyle uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk ve kolektif sorumluluk ilkesi gereği tazmini gerektiği" ne karar vermiştir. Kararı bozan Danıştay'a göre ise

> "3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 20. maddesinde, terör ve anarşi ile mücadelede görev yapan ve bu görevi ifade eden adli, istihbari, idari ve askeri görevliler, zabıta amir ve memurları, Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürü ve genel müdür yardımcıları terör suçlularının muhafaza edildiği ceza ve tutukevlerinin savcıları ve müdürleri, devlet güvenlik mahkemeleri hakim ve savcıları ile bu görevlerinden ayrılmış olanlar ve terör örgütlerinin açık hedefi haline gelen ve getirilenler ile suçların aydınlatılmasına yardımcı olan tanık ve ihbarcılar hakkında gerekli koruma tedbirlerinin devlet tarafından alınacağı hükme bağlanmıştır. ... 'Teröre karşı Koruma Tedbirleri Yönetmeliği' nde ise suçların aydınlatılmasına yardımcı olan kişilerden terorist örgütlerin açık hedefi haline gelen veya getirilenlerin istekleri halinde ve merkez özel koruma komisyonunun kararı ile korumalarının sağlanacağı öngörülmüştür. Görüldüğü üzere ve terör örgütlerinin açık hedefi haline gelenler hakkında gerekli koruma önlemlerinin devlet tarafından alınacağı 3713 sayılı Yasa'nın 20. maddesiyle açık ve kesin olarak hükme bağlandığından, dayalı olduğu Yasaya aykırı düzenlemeler içermesinin kabulüne olanak bulunmayan Yönetmelik hükmünün esas alınması da olanaksızdır. ...'nun araştırmacı gazeteci, yazar ve aydın olarak yaptığı araştırmalarla suçların ve suç örgütlerinin ortaya çıkarılmasındaki katkıları ve düşünceleri nedeniyle terör örgütlerinin açık hedefi haline geldiği bilinmekteydi. ...'nun terör örgütlerinin açık hedefi haline gelmesi yanında. bu örgütlerce 3713 sayılı yasanın 20. maddesinin kapsamına girenlere yönelik eylemlerde bulunulduğu da dikkate alındığında yasa'nın açık ve kesin

hükmü karşısında gerekli koruma tedbirlerinin alınmaması bir hizmet kusurudur"[38].

Görüldüğü gibi idare, öncelikle güvenliğin sağlanması konusunda önleyici kolluk görevini yerine getirmeli ve kamu düzenini tehdit edebilecek, bireylerin can, ırz, mal güvenliğine yönelebilecek tehditleri bertaraf edebilmek amacıyla "gerekli önlemleri" almalıdır. Güvenlik tedbiri alınmaması nedeniyle meydana gelen zararlardan idare hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olacaktır[39]. Bireylerin güvenliğini korumakla görevli olan idarenin, bu hizmeti gereği gibi yerine getirmek için hizmetin işleyişi ve yerine getirilişi için gerekli teşkilatı kurmak, her türlü araç ve olanağı hizmete hazır bulundurması da zorunludur. Bu çerçevede "önceden başvuruda da bulunulduğu halde meydana gelmesi kuvvetle olası olayın önlenmesi için gerekli önlemleri almadığı, gerekli imkan ve aracı temin ederek hazır bulundurmadığı anlaşılan idarenin hizmet kusuru açık olup, idarenin doğan zararı tazmini gerek(ir)"[40].

İdare güvenliğinin sağlanması için talepte bulunmasına rağmen, kişinin güvenliğini sağlamak için gerekli tedbirleri almamışsa, hizmet kusuru nedeniyle

---

38 D10D, 18.03.1998, E 96/10292, K 98/1190, DD, sy. 97, s. 682–683.

39 "Görevli olduğu karakol çevresinde yeterli güvenlik tedbirlerinin alınmaması sonucu karakola yapılan baskında murislerinin öldürülmesi nedeniyle davacılara duydukları acı ve üzüntünün karşılığı olarak manevi tazminat verilmesi gerekir". D10D, 04.05.1998, E 96/7918, K 98/1853, DD, sy. 98, s. 565. "Sosyal Sigortalar Kurumu ... Hastanesinde tedavi görmekte iken, doktor kıyafeti giymiş bir kişi tarafından tecavüz girişiminde bulunulan davacının manevi zararının hiçbir güvenlik tedbiri almamış olması sebebiyle hizmet kusuru bulunan idarece tazmin edilmesi gerekir". D10D, 9.2.2000, E 98/4977, K 00/380, DD, sy. 104, s. 521. Kamu hizmetinin özelliğine göre, yıkım sırasında gereken ölçüde önlemlerin alınmasının zorunlu olduğu, gerekli güvenlik önleminin almadığı anlaşılan belediyenin, yıkım şefinin gecekondu sahibi tarafından bıçaklanarak öldürülmesi olayında hizmet kusuru açıktır ve davacıların ölüm olayı nedeniyle uğradıkları zararın tazmini gerekir. D8D, 09.02.1998, E 97/3376, K 98/266, DD, sy. 97, s. 545. Davacıların murisinin tutuklu bulunduğu cezaevinde hasmı olan başka bir mahkum tarafından tabancayla öldürülmesinde, aralarında husumet bulunan kişilerin aynı cezaevinde bulundurulması ve cezaevine tabanca sokulmaması için gerekli önlemleri almaması nedeniyle idarenin hizmet kusuru bulunmaktadır. D10D, 16.11.1999, E 97/5989, K 99/6046, DD, sy. 103, s. 876.

40 D10D, E 95/53, K 96/1913, 10.4.1996, DD, sy. 92, s. 757–760. Aynı yönde bkz. D10D, E 96/10292, K 98/1190, 18.03.1998, DD 1999, sy. 97, s. 678–685; E 94/7359, K 95/3559, 12.7.1995, DD, sy. 91, s. 1106–1116; D10D, E 96/448, K 97/5647, 11.12.1997, DD, sy. 96, s. 602–604.

sorumludur[41]. Ancak, güvenlikle ilgili yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğuna karar vermek için, zarar görenin güvenliğinin temini konusunda önceden idareden talepte bulunmuş olması zorunlu değildir. Bu çerçevede olayın niteliğine göre herhangi bir talep olmasa da güvenlikle ilgili önceden caydırıcı veya önleyici özel ve genel önlemlerin alınmamış olması hizmet kusuru olarak nitelendirilecektir. Nitekim Danıştay da ilçede bulunmadığı bir sırada teröristlerce evi basılarak bütün özel eşyalarının yakılması sonucu zarara uğrayan kaymakamın açtığı davada, idarenin, olayın önceden haber alınması mümkün olamayan, münferit bir olay olduğu yönündeki iddiasına itibar etmeyerek, "can ve mal güvenliğinin korunması şeklindeki kamu hizmetinin düzenlenmesinde ve işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya çıkan hizmet kusuru nedeniyle zararın" tazminine karar veren idare mahkemesi kararını onamıştır[42].

Danıştay, daha önce bir kişiyi öldürme girişiminde bulunan ancak akıl hastası olduğu için cezalandırılmayan kişinin Kızılay meydanında rasgele ateş açması sonucu bir kişiyi yaraladığı olayda İçişleri Bakanlığı ile birlikte Adalet Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığını da sorumlu görerek, "toplumsal güvenlik yönünden gerekli olduğu saptanmasına rağmen akıl hastası ilgilinin tıbbi kontrol altında tutulmasını sağlamayan idarelerin, akıl hastası kişinin tabancayla rasgele ateş etmesi sonucu davacının yaralanması olayında, ağır hizmet kusurları(nın)" bulunduğuna karar vermiştir[43].

Bomba imha bürosunda görevli polis memurunun, imha etmek için getirilen bombanın patlaması sonucu ölümü nedeniyle, yakınlarının açtığı tazminat davasında idare mahkemesi, doğru bir yaklaşımla;

---

41 Karara konu olan olayda, devamlı tehdit edildiğini, para vermemesi halinde öldürüleceği ve işyerinin yakılacağı yolundaki tehdidi savcılığa bildiren şahsın işyeri, savcılığın gerekli tedbirleri alacağını bildirmesine rağmen silâhlı kişilerce yakılmıştır. Danıştay'da idareyi "yürütmekle görevli olduğu hizmeti tam olarak yerine getirmediği" gerekçesiyle tazminata mahkum etmiştir. D10D, 27.01.1983, E 82/3123, K 83/163 DD, sy. 52–53, s. 488.

42 D10D, 9.3.1993, E 91/3270, K 93/979, DD, sy. 88, s. 508–509. Danıştay, teröristlerce öldürülen muhtarın yakınlarının açtığı davada, idarece önceden caydırıcı veya önleyici özel ve genel önlemlerin alınmadığı, vatandaşın can ve mal güvenliğinin korunması için yıllardır var olduğu herkesçe bilinen terörist eylemlerin önlenmesi için bir tedbir almayan idarenin bu davranışının hizmet kusuru teşkil ettiği gerekçesiyle tazminata karar veren idare mahkemesi kararını da onamıştır. D10D, 8.4.1992, E 90/1683, K 92/1311, DD, sy. 86, s. 577–579.

43 D10D, 04.10.1990, E 89/303, K 90/2083, DD, sy. 82–83, s. 993–995.

"Dava konusu olayda cadde ve sokaktaki bir bombaya, insanları uzaklaştırıp çevre emniyetini aldıktan sonra müdahale eden uzmanların çok sayıda insan bulunan binada patlayıcı madde ile uğraşmalarının bir çelişki olduğu, teşkilatlardaki şu anki uygulamada olaylarda elde edilen bomba ve patlayıcı maddelerin emniyet müdürlükleri binalarına getirildiği, uygun depo olmadığı için varsa uzmanlara ait bürolardaki depolarda bekletildiği, gerekli olan işlemler sonuçlandırıldıktan sonra uygun görülen açık arazide bomba ve patlayıcı maddelerin imha edildiği, bilhassa olayların yoğun olduğu illerde bazen büro ve depolarda bekletilen bomba ve patlayıcı miktarının fazla olabildiği, olası patlamada zaiyatın çok fazla olabildiği, bu tür olaylara meydan vermemek ve olabildiğince zayiatı asgariye indirmek için bomba ve patlayıcı maddelerin insanların bulunduğu yerlere ve binalara getirilmemesi, incelemelerin belirlenecek veya hazırlanacak uygun yerlerde yapılması, işi bitenlerin bekletilmeden, biriktirilmeden gayrimeskun bir mahalde nihai imhasının gerektiği, il emniyet müdürlüklerinde uygun yerlere ve ihtiyacı karşılayacak şartlara haiz depolama ve inceleme yerlerinin temininin zorunlu olduğu, bu durumda personelini, gerekli örgütünü, araç ve gerecini hizmetin gereklerine uygun biçimde hazırlamayan dayalı idarenin olayda hizmet kusurunun bulunduğu, bu nedenle ilgililerin zararlarını tazminle yükümlü olduğu(na)"

karar vermiştir. Kararı onayan ancak gerekçesini uygun bulmayan Danıştay'a göre;

"Gelişen toplum ihtiyaçları ile birlikte bu hüküm (Anayasa m. 125) geniş yorumlanmak suretiyle idare ajanlarının kişisel davranışları, hatta üçüncü kişilerin eylemlerinin doğurduğu zararların da idarenin sorumluluğu sonucunu doğurmuştur. Özellikle kitle hareketlerinden doğan kargaşa ve saldırıların yol açtığı zararların onların doğumunda hiçbir kusuru olmayan kişilerin omuzlarında bırakılmasının hakkaniyete uygun olmayacağı düşüncesi kusursuz sorumluluk ilkesini doğurmuştur. Gelişen teknoloji ve ihtiyaçlara bağlı olarak idarenin yürüttüğü hizmetlerin bazılarının, bünyesinde risk taşıdığı görülmektedir. İşte içinde hizmetin özelliğinden kaynaklanan risk bulunan faaliyetlerden dolayı gerek bu faaliyeti yürüten idare ajanlarının gerekse hizmetten yararlananların ya da üçüncü kişilerin uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekmektedir. ...bomba imhası riskli hizmetlerdir. Yani idarece bütün önlemler, araç, gereç ve personel sağlansa bile aynı sonuç doğabilecektir. Bu nedenle bomba imhası nedeniyle meydana gelen ölüm olayından dolayı ilgililerin uğradığı zararın idare mahkemesi kararında belirtildiği gibi hizmet kusuru

ilkesine göre değil, kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekmektedir"[44].

Danıştay kararı birkaç açıdan eleştiriye açıktır. Danıştay idarenin sorumluluğunun hukuki dayanağının 125. madde olduğunu belirttikten sonra idare ajanlarının kişisel davranışlarının, hatta üçüncü kişilerin eylemlerinin doğurduğu zararların bu hükmün geniş yorumlanmak suretiyle idarenin sorumluluğu sonucunu doğurduğunu ifade etmektedir. Danıştay'ın son dönemde Anayasa 129/5 hükmünü de dikkate alarak kamu görevlilerinin kişisel kusurunu, hizmet kusuru olarak gördüğü bilinmektedir. Ancak kamu görevlilerinin kişisel kusurlarıyla verdiği zararlardan idarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olacağına ilişkin yerleşmiş bir içtihadı olduğu söylenilemez. Kaldı ki Danıştay, genel olarak aynı olayda hem hizmet kusurunun hem kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanamayacağı görüşündedir. 125. maddenin açık hükmü karşısında üçüncü kişilerin eylemlerinden idarenin illiyet bağı aranmadan sorumlu kılınması ise hukuka uygun bir durum değildir. Danıştay'ın kararda kusursuz sorumluluk ilkesinin "özellikle kitle hareketlerinden doğan kargaşa ve saldırıların yol açtığı zararların onların doğumunda hiçbir kusuru olmayan kişilerin omuzlarında bırakılmasının hakkaniyete uygun olmayacağı düşüncesi"nden kaynaklandığını söylemesi de hatalıdır. Zira burada belirtilen ilke, terör eylemleri bakımından son yıllarda uygulanmaya başlanan, ancak isabetli olup olmadığı tartışmalı olan sosyal risk ilkesidir. Kaldı ki olayda sosyal risk ilkesinin uygulanabileceği bir durum yoktur. Danıştay'ın ifade ettiği gibi idarenin yürüttüğü hizmetin özelliği gereği riskli olduğu durumlarda bu riskin getirdiği zararların kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazminin gerekeceği muhakkaktır. Bomba imhasının riskli hizmetlerden olduğu; idarece bütün önlemler, araç, gereç ve personel sağlansa bile aynı sonucun doğabileceği de açıktır. Bu sebeple bomba ve patlayıcı maddelerin sebep olduğu zararlarda risk ilkesine göre idarenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Ancak idarenin ya da kamu görevlisinin, bünyesinde tehlike barındıran faaliyetlerde yasayla öngörülen tedbirleri almamış olmasının idari kusura yol açacağı da açıktır. Olayda el geçirilen bomba imha edilmeden önce birçok insanın bulunduğu emniyet müdürlüğü binasına getirilmiş, uygun depolara konulmamıştır. Dolayısıyla meydana gelen zarar bombanın taşıdığı riskten ziyade idarenin yürüttüğü hizmetin işleyişindeki bozukluktan, kamu görevlisinin tedbirsizliğinden kaynaklanmaktadır. Kusurun olduğu durumlarda ise kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılamaz. Yargı kararları idareler için aynı zamanda yol gösterici niteliktedir. Ancak Danıştay'ın bu kararı, kendinden beklenilen şekilde yürütülmediği açık olan bu hizmetin düzel-

[44] D10D, 23.06.1997, E 96/3996, K 97/2544, DD, sy. 95, s. 637–640.

tilmesi konusunda idareye yol gösterici olmaktan uzak; üstelik idare mahkemesinin haklı gerekçelerle verdiği kararın gerekçesinin düzeltilmesiyle, hizmette görülen aksaklığın devamına da yol açacak nitelikte bir karardır.

KISA DEĞERLENDİRME

Tabii afetlerin, kamunun güvenliğine, bireylerin can ve mal emniyetine yönelik tehditlerin neden olduğu zararlardan idarenin mali sorumluluğu bakımından yargı organı tarafından genellikle kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılmaktadır. Ancak idari yargı yerleri, terör eylemlerinden zarara uğrayanların açacakları davalarda sorumluluğa hükmederken öncelikle idarenin kamu düzenini, bireyin güvenliğini koruma görevini tam olarak yerine getirip getirmediğini; başka bir ifadeyle idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını araştırmak; hizmet kusuru yoksa, şartları gerçekleşmişse idarenin kusursuz sorumluluğu uyarınca sorumluluğu belirlemek zorundadır.

O halde tabii afetlerden ve terör eylemlerinden doğan zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğunda doğrudan sosyal risk ilkesinin kullanılması doğru değildir. Zira sosyal risk ilkesi, sorumluluğun belirlenmesinde yargı organın kararlarından çok, yasama organının düzenlemelerine dayanak teşkil eden bir kuramdır. Yargı organı ise tabii afetler ve terör eylemlerinden doğan zararların tazmini için açılan davalarda öncelikle hizmet kusurunun varlığını araştırmalıdır.