

# TERÖRLE BAĞLANTILI ZARARLARDAN DOLAYI İDARENİN SORUMLULUĞU

## THE LIABILITY OF THE ADMINISTRATION FOR THE DAMAGES ARISING FROM TERRORISM

Dilşad Çiğdem SEVER\*

**Özet:** Danıştay kararlarında terörle bağlantılı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu, kusursuz sorumluluğun bir türü olan sosyal risk ilkesi uyarınca tanınmıştır. Sosyal risk ilkesi, terörden doğan zararların idarece karşılanarak toplumsallaştırılması fikrine dayanır. Terörden doğan zararların tazmini için 2004 yılında 5233 sayılı Kanun kabul edilerek terörden doğan maddi zararlar için yargı-öncesi uyuşmazlık çözme yöntemi kabul edilmiştir. Çalışmada sosyal risk ilkesinin uygulanması ve Danıştay kararlarında Kanunun nasıl anlaşıldığı ve uygulandığı incelenmiştir. Kanunun varlığı yargı-öncesi bir idari usul olması bakımından önemli olmakla birlikte Danıştay'ın konula ilgili bazı yaklaşımları belli sorunlara yol açmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Sosyal Risk, Kusursuz Sorumluluk, Terör, 5233 sayılı Kanun

**Abstract:** In the decisions of the Council of State, the liability of the administration due to terrorism-related damages was recognized in accordance with the social risk principle, which is a type of strict liability. The principle of social risk depends on the idea of socialization of the damage arising from terrorism. In 2004, Law No. 5233 was adopted for the compensation of material damages arising from terrorism, which includes prejudicial dispute resolution method. In this Article, the application of the social risk principle and how the law was understood and applied in the decisions of the Council of State were examined. Although the law is important as a pre-judicial administrative procedure, some aspects of the Council of State's approach related to the issue lead to certain problems.

**Keywords:** Social Risk, Strict Liability, Terrorism, Law No. 5233

### Giriş

İdarenin malî sorumluluğunda yaşanan gelişmelerin birinci aşaması idarenin faaliyet alanının genişlemesi ve çeşitlenmesiyle birlikte borçlar hukukundaki kusur ve illiyet bağı kavramlarının idare

\* Yrd. Doç. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

hukukuna özgü biçimde gelişmesi, ikincisi ise idarenin kusursuz sorumluluğunun genişlemesidir. Kusursuz sorumluluktaki bu genişlemenin önemli bir örneği de savaş veya kitlesel hareketlerden doğan zararların karşılanması için ortaya çıkan sosyal risk ilkesidir. Bu ilke Türkiye’de özellikle 1990’lardan itibaren terörle bağlantılı zararların tazmini talebiyle açılan davalarda gündeme gelmiştir. Bu davaların bir kısmı terörün kendisinden, bir kısmı da terörle mücadeleden ortaya çıkan zararların tazmini talebini içermektedir ve bu davaların önemli bir kısmında idarenin eylemi nedeniyle zarar doğduğunun ispatı ya da idareyle zarar arasında doğrudan illiyet bağı kurulması son derece güçtür. Buna karşılık Danıştay, idarenin hizmet kusuru bulunmaması ve idarenin eylemi ile zarar arasında doğrudan bir nedensellik bağı kurulamamasına karşılık idarenin sorumlu tutulmasına olanak sağlayan sosyal risk ilkesini uygulamaya başlamıştır.

Olağanüstü hal bölge valilerinin işlemlerine karşı yargı yolunun 2003 yılına kadar kapalı olması<sup>1</sup> karşısında AİHM’in önüne gelen başvuru sayısının artmasıyla birlikte 17.07.2004 tarih ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılması Hakkında Kanun 27.07.2004 tarihinde yürürlüğe girmiş; sadece bu tarihten itibaren değil, 19.7.1987 tarihi ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih arasında terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin de maddi zararlarının sulh yoluyla karşılanacağı düzenlenmiştir.

Terörün hukuki bir kavram olarak kullanımı ve tanımlanmasıyla ilgili ulusal ve uluslararası hukuk alanında tartışmalar bulunmakla birlikte tanım sorununa bu çalışmada yer verilmemiştir. 5233 sayılı Kanun’da doğrudan Terörle Mücadele Kanunu’ndaki tanıma<sup>2</sup> atf

<sup>1</sup> 285 sayılı KHK’da 1990 yılında KHK’de yapılan değişiklikle 7.maddeye eklenen “Bu Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz” hükmü Anayasa Mahkemesi’nin 22.5.2003 tarihli ve E.2003/28, K.2003/42 sayılı kararıyla iptal edilmiş ve bu şekilde bu kararlara karşı yargı yolu açılmıştır.

<sup>2</sup> Bu tanıma göre terör; “cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte men-

yapılmasına karşılık Kanun'un belli maddi zararların karşılanmasını öngörmesi nedeniyle Terörle Mücadele Kanunu'nda belirtilen tüm eylemler değil, belirtilen zararlara yol açabilecek türde eylemler bu Kanun kapsamına girebilecektir. Diğer yandan, idarenin sorumluluğu bağlamında terörün ayırt edici unsuru şiddet içeren, herhangi bir suçtan farklı olarak belli bir siyasal amaca yönelen ve belli bir örgütlülükle gerçekleştirilen eylemler olmasıdır. Mağdurların bu suçların hedefi olması kişisel bir husumetten kaynaklanmaz. Bu eylemlerde rastlantısallık ya da bir amaç doğrultusunda hedef haline gelme söz konusudur. İdare açısından terör eylemlerinden doğan sorumluluk, doğrudan idarenin eylemi olmamasına karşın toplumsal güvenliğin sağlanması şeklindeki kamu hizmetinin yeterli biçimde yerine getirilememesinden kaynaklanır. Terör eylemlerinden doğan zararlar bireysel olarak etkilerini ortaya çıkarsa da esasında toplumsal bir meseledir ve bu nedenle de doğan zararların idare tarafından karşılanarak toplumsallaştırılması hedeflenir.

Türkiye'de genel idari usul kanunu bulunmaması karşısında idarenin işlem ve eylemleri nedeniyle zarar görenlerin yaptıkları başvuruların etkili biçimde sonuçlandırılması son derece güçtür. Diğer yandan, idari yargıda görülen davaların uzun sürebilmesi ve yargıya başvurmanın da belli güçlükler içermesi gibi etkenler dikkate alındığında -çeşitli eleştirilere rağmen- uyuşmazlıkların yargı-öncesi çözümü imkânı getirilmesinin hak arama özgürlüğü açısından önemli bir aşama olduğu kaydedilmelidir. Bu nedenle AİHM de İçyer kararında bu Kanuna göre yapılan başvuruların etkili bir iç hukuk yolu olduğuna ve öncelikle bu yolun tüketilmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>3</sup> Buna karşılık Danıştay'ın Kanunu sosyal risk ilkesi çerçevesinde ve sadece kusursuz sorumluluk kapsamında ele alması ve hizmet kusurunu değerlendirmemesi, rücu mekanizmasının işletilmemesi, manevi

---

sup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir." Bu tanıma ve sonraki maddelere getirilen en önemli eleştiri tanımın şiddet içeren suçlar dışında çeşitli suçları içerebilecek bir kapsama sahip olması, eylemin kendisinden çok amacı içeren bir tanım yapılması ve amacın da çok geniş bir içeriğe sahip olmasıdır.

<sup>3</sup> İçyer v. Türkiye, Başvuru no: 18888/02, 12.01.2006. Bu karardan sonra 1500 kadar başvuru aynı gerekçeyle reddedilmiştir. Cemil Kaya, "Avrupa Konseyi'ndeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt:3, No:10, 2007, s.27.

tazminat talepleri konusunda yargının tutumunun değişken olabilmesi, kararlarda illiyet bağı meselesinin yeterince tartışılmaması gibi sorunlar Kanunun eleştirilmesine yol açmaktadır. Bu nedenle çalışmada Danıştay kararları ışığında 5233 sayılı Kanun'un nasıl uygulandığı ele alınacaktır. Bu yaklaşım değerlendirilirken son zamanlarda Kanunun uygulamasının daha da arttığı düşünülerek uygulamaya ilişkin muhtemel bazı sorunlara da değinilecektir.

### a. Terörle Bağlantılı Zararlarda Sosyal Risk İlkesi

İdarenin mali sorumluluğu alanındaki gelişmeler kusursuz sorumluluğun borçlar hukukundan çok daha erken tarihlerde ve daha yaygın olarak tanınmasını sağlamıştır. İdarenin üstün kamu yararını gözeterek hukuka uygun kimi işlem ve eylemlerinde dahi üçüncü kişilere zarar vermesi mümkün olduğundan kusursuz sorumluluğun idare hukukunda yaygın olması olağandır. Anayasadaki düzenlemelere bakıldığında da idarenin sorumluluğunun mutlaka kusurlu olması gerekmediği anlaşılmaktadır. 1982 Anayasası'nda "idarenin resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu doğan zararlar"ı (md. 40/3), "idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararlar"ı (md. 125/7), "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan zarar"ı karşılamakla yükümlü olduğu ve bu zararın daha sonra kusurlu kamu görevlisine rücu edileceği (md. 129/5) düzenlenmiştir. Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan ve "idarenin işlem ve eylemlerinden doğan zararların" karşılanmasına ilişkin ibare hem kusurlu, hem de kusursuz sorumluluğu içermektedir. Ancak sosyal risk ilkesi bakımından esas tartışma terör eyleminin kendisinden doğan bir zarar olduğu takdirde idarenin işlem ve eyleminden bahsedilemeyeceğinden bu tür bir zararın karşılanmasının Anayasaya aykırı olup olmayacağıdır. Bu sorun başka durumlarda da gündeme gelebilecektir: Bir felaket, salgın hastalık ya da savaş durumunda idarenin zarara uğrayanların zararını tazmin etmesine yönelik bir düzenleme ya da mahkeme kararı Anayasaya aykırı olacak mıdır? Diğer bir deyişle, ilgili hükümler idarenin sorumluluğunu sınırlandırıcı nitelikte midir?

Öncelikle Anayasadaki hükümlerin idarenin sorumluluk alanı bakımından sınırlandırıcı nitelikte olmadığını, sorumluluğun asgarî alanını ve teminat sistemi sonucunda oluşacak rücu mekanizmasını

güvence altına aldığını belirtmek gerekir.<sup>4</sup> İdarenin genel anlamda sorumluluğuna ilişkin 40. ve 125. maddeler ile kusurlu sorumluluğa ilişkin 129/5. hükmü idarenin sorumluluğunu güvence altına almakla birlikte sorumluluğun esas kaynağı idareye verilen anayasal ve yasal görev ve yetkililerdir. Bu bakımdan, sosyal hukuk devletine ilişkin 2. madde, devletin amaçlarına ilişkin 5. madde ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler ile bu hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi için idarenin yükümlülükleri sorumluluğun esas kaynağıdır. Örneğin idarenin sağlık hizmetlerinden doğan sorumluluğu Anayasa'nın 56. maddesi ile yaşam hakkının ihlalinin doğan sorumluluğu 17. maddede yükümlülükleri ile ilgilidir. Diğer yandan, 1961 Anayasası'ndan önce bu maddelere benzer bir sorumluluğa ilişkin hüküm bulunmamasına karşın Şura-yı Devlet'in idari davalara bakma yetkisine dayanarak idarenin sorumluluğuna ilişkin davalara bakması da bunun sonucudur.<sup>5</sup> Bu nedenle, kusursuz sorumluluk ve kapsamı konusunda en önemli kaynak kusursuz sorumluluğu öngören özel yasalar ve mahkeme kararlarıdır. Türkiye'de 1950'lerden itibaren kusursuz sorumluluğa ilişkin mahkeme kararlarına<sup>6</sup> rastlamak mümkün olduğu gibi, 1956'dan itibaren kitle hareketleri, terör ve deprem nedeniyle devletin kusursuz sorumluluğuna ilişkin özel yasalar da çıkarılmıştır.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Anayasa'nın 125. maddesinde idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zarar ifadesinin sınırlandırıcı nitelikte olduğunu ve üçüncü kişilerin eyleminden doğan zararlardan idarenin sorumlu tutulmasının anayasaya aykırı olduğunu savunanlar da mevcuttur. Örneğin Akyılmaz, Bahtiyar Akyılmaz, "Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı", *GÜHFD*, C.IX, S.1-2, 2005, s. 228; Gözler, *İdare Hukuku C. I*, Ekin Yayınları, Bursa, 2003, s. 1075-1172

<sup>5</sup> Örneğin 2. Dünya Savaşının sonlarında İstanbul üzerinden geçen bir uçağa atılan mermilerden biri havada patlamayarak bir fabrikanın üstüne düşmüştür. Bu davada Danıştay idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmiştir. (E. 1950/1631, K. 1952/84) Bu tür kararlarda Danıştay hakkaniyet ve adaleti dayanak göstermektedir. (Aktaran: Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, TODAİE yayınları, Ankara, 1974, s. 52.) Bununla birlikte, bu dönemde açık bir hükmün yokluğu ve idari yargının daha çok yeni olması gibi etkenler sonucunda Danıştay'ın 1927'den 1961'e kadarki süreçte sorumluluk için ağır kusur aradığını belirtmek gerekir. Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku*, C. 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 798.

<sup>6</sup> Kusursuz sorumluluğa hükmedilen bir başka erken tarihli karar Danıştay 8. Daire'nin bir meslek kazasına ilişkin 29.05.1961 tarihli E. 1960/5827, K. 1961/2097 sayılı kararıdır. Bunu bayındırlık faaliyetleriyle ilgili 16.02.1962 tarih ve E. 1960/177, K. 1962/108 sayılı karar izlemiştir. Aktaran: Hüseyin Çelikkol, "İdarenin Objektif Sorumluluğu", *İzmir Barosu Dergisi*, 1985/2, s. 16.

<sup>7</sup> Bu yasaların ilk örneği 1 Mart 1956 tarih ve 6684 sayılı "6-7 Eylül 1955 tarihinde İstanbul ve İzmir'de vukubulan hâdiselerde zarar görenlerin zararlarının ödenmesi hakkında Kanun"dur. Kanuna göre "hâdiselerde zarar gören hakiki ve hükmi şa-

Borçlar hukukunda istisnai ve ancak yasal dayanakla mümkün olan kusursuz sorumluluk hali idare hukuku alanında da ikincil nitelikte bir sorumluluk olmakla birlikte mahkeme kararları aracılığıyla kusursuz sorumluluğa hükmedilmesi mümkündür. Bunun en önemli nedeni ise idarenin görev ve yetkileri ile bu görevleri yerine getirmek için kullandığı araçların özel hukuk ilişkilerinden farklılaşmasıdır.

İdare hukukunda kusursuz sorumluluğa yol açabilecek durumlar risk (tehlike) ilkesi ve kamu külfetlerinde eşitlik (fedakârlığın denkleştirilmesi) ilkesi<sup>8</sup> olarak kabul edilmiştir. Risk ilkesi idarenin risk içeren faaliyetlerinde kusurun belirlenmesinin güçlüğü ile kusur aranmasının adalete aykırı sonuçlar doğuracağı dikkate alınarak kabul edilmiştir. Kamu külfetlerinde eşitlik ise kamu yararını gerçekleştirmek üzere yürütülen hukuka uygun bir idari faaliyetin belli kişi ya da kişilere zarar vermesi durumunda bu zararın idare aracılığıyla tüm topluma yansıtılması fikrinden doğmuştur.

Sosyal risk ilkesi Fransız idare hukukunun etkisiyle doktrinde erken tarihlerde savunulmuştur. İlk olarak savaşta zarar görenlerin zararının tazmini üzerinden ortaya atılan sosyal risk ilkesi kitlesel hareketlerden ve terörle bağlantılı olarak ortaya çıkan bir sorumluluk türüdür ve mesleki risk ilkesi gereğince kamu görevlilerinin uğradığı zararların değil, üçüncü kişilerin uğradığı zararların tazmini fikrinden hareketle geliştirilmiştir. Bu bakımdan, sosyal risk ilkesi toplumsal kökenli olarak doğan zararların sosyalleştirilmesi, yani tüm topluma yayılması anlayışına dayanır. Çünkü kitlesel hareketler, savaş ve terör

---

hısların icra Vekilleri Heyetince kabul edilecek esaslar Dairesinde tespit edilecek zararlarını ödemeye Hükümet mezun kılınmıştır. Ancak bu miktar 60 milyon lirayı geçemez". Benzer şekilde 28.08.1992 tarih ve 3838 sayılı "Erzincan, Gümüşhane ve Tunceli tilerinde Vuku Bulan Deprem Afeti ile Şırnak ve Çukurca'da Meydana Gelen Hasar ve Tahribata İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesi Hakkında Kanun"la da bir yandan deprem nedeniyle doğan zararların, diğer yandan Şırnak ve Çukurca'daki çatışmalar nedeniyle doğan zararların giderilmesi düzenlenmiştir. Olaylara özgü bu tür kanunların yanı sıra 5233 sayılı yasaya benzer biçimde 3.11.1980 tarih ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat Ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun da bunlara örnek olarak sayılabilir. Hatta Terörle Mücadele Kanunu'nda terör mağdurlarına özgü haklar tanınması da aynı anayasal tartışmalar bakımından değerlendirilebilir.

<sup>8</sup> Onar bu ilkeyi bayındırlık işlerinden doğan zararlar ile idarenin salahiyet ve imtiyazlarından doğan zararlar olarak ikiye ayırarak incelemektedir. Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1745.

nedeniyle ortaya çıkan zararlar diğer zararlardan farklıdır; bu tür durumlarda kusurun ispatlanması güç olabildiği gibi zarara yol açan eylemin esas failinden zararın tazmin edilme ihtimali genellikle gündeme gelmez. Diğer yandan bu zararlar aslında bireysel değil, toplumsal niteliklidir. Danıştay'ın da 1960'larda doğrudan kavramı anmaksızın toplumsal olaylardan dolayı kusursuz sorumluluğa dayandığı kararları<sup>9</sup> bulunmakla birlikte kavramın Danıştay tarafından yaygın biçimde kullanılmaya başlanması 1990'lara denk gelir.

Doktrinde hem genel anlamda idarenin sorumluluğu, hem de sosyal risk ilkesinin kaynağı ve dayanakları konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Gözübüyük terörle bağlantılı zararlardan doğan sorumluluğu kamu külfetlerinde eşitlik ve sosyal devlet ilkesine dayandırmakta;<sup>10</sup> Duran ise devlete karşı bir temel hak içermesi ve devletin bu hakkı yerine getirme ödevi olması karşısında imkân ve fırsat eşitliği ilkesinin idarenin sorumluluğunun dayanağı olduğunu kabul etmektedir.<sup>11</sup> Azrak da Duran'a benzer şekilde sosyal risk ilkesini Anayasanın Başlangıç kısmında yer alan dayanışma ilkesi ile fırsat ve imkân eşitliğine dayandırır.<sup>12</sup> Kaya sosyal risk ilkesi uyarınca tazminin hak ve nesafetin, sosyal dayanışmanın ve sosyal hukuk devletin gereği olduğunu belirtirken<sup>13</sup> Yaşar genel olarak sorumluluğun dayanağını "idari faaliyetlerle kamuya sağlanacak bir yarar dolayısıyla ortaya çıkan zarara, bireyin kendi aleyhine, katlanmak zorunda kalmasının yarattığı adaletsizliği ortadan kaldırmayı" amaçlayan kamu külfetlerinde eşitlik ve bu ilkenin arkasında yer alan adalet fikrine dayandırır.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Bu yönde bilinen ilk karar 27 Mayıs 1960 tarihinde yaşanan olayları penceresinden izlerken kurşunların isabet ettiği kişinin açtığı davadır. (8. Daire, E. 1960/5862, K. 1961/2149, aktaran: Demirkol, (2), s. 23) Yine eski tarihli bir karar da bir ölüm olayı nedeniyle Gaziantep'te hükümet binasının taşlanması sırasında arabası zarar gören kişinin açtığı davanın kabul edilmesine ilişkindir. (12. Daire, E. 1969/1746, K. 1971/2478, aktaran: Demirkol (2), s. 23; Esin, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, s. 163.)

<sup>10</sup> Şeref Gözübüyük, "Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 50, s. 196.

<sup>11</sup> Duran, *Türkiye İdaresinin...*, s. 17.

<sup>12</sup> Azrak, Ali Ülkü, "İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına göre Sorumluluğu", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1980, s.141.

<sup>13</sup> Kaya, "Avrupa Konseyi'ndeki...", s. 25.

<sup>14</sup> Hasan Nuri Yaşar, "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", *İÜHFİM*, C.

Baktıkları uyumsuzlukların farklılığı nedeniyle askeri idari yargı ile Danıştay'ın yaklaşımında da farklılıklar bulunmaktadır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) terörle bağlantılı olarak zarar gören kamu görevlilerine ilişkin uyumsuzluklarda illiyet bağı görmekte ve bu tür durumlarda sosyal risk ilkesini değil, kamu külfetlerinde eşitlik ilkesini kullanarak kusursuz sorumluluğa karar vermektedir. Mahkemeye göre, kişi terörle mücadele ile görevlendirilerek mücadele sırasında zarar görmese dahi kamu görevlisi sıfatıyla hedef alındığı için illiyet bağı korunmaktadır.<sup>15</sup> Örneğin bir davada AYİM özel aracıyla yıllık izne giderken karayolunda öldürülen bir askerin uğradığı zarardan idarenin sorumlu olduğuna karar vermiştir.<sup>16</sup> Bu davada illiyet bağına ilişkin değerlendirme bakımından bir kamu görevlisinin hedef olması ile herhangi bir yurttaşın hedef olması arasında önemli bir fark olduğunu söylemek güçtür. Her iki durumda da terör eylemi kişisel bir husumet nedeniyle gerçekleştirilmemektedir.

Dayanakları dışında sosyal risk ilkesinin ne tür bir sorumluluk olduğu konusunda da farklı yaklaşımlar vardır. Sosyal risk ilkesi doktrinde genellikle kusursuz sorumluluğun bir türü olan risk ilkesinin alt başlığı olarak incelenmektedir.<sup>17</sup> Buna karşılık Danıştay aynı ilkeyi kusurlu ve kusursuz sorumluluğun dışında üçüncü tür bir sorumluluk olarak ele almaktadır. Danıştay'ın sosyal risk ilkesini ayrı bir sorumluluk türü olarak ele almasının nedeni ise sosyal risk ilkesinin uygu-

LXVI, S.1, 2008, s. 209. Benzer görüş için bkz. Berkan Ayturan, "5233 Sayılı Kanun Kapsamında Manevi Zararların Tazmin Edilip Edilemeyeceği Sorunu", *TAAD*, Yıl:5, Sayı:19, 2014, s. 661.

<sup>15</sup> Çalışmanın sınırlarını aştığından AYİM kararları ayrıntılı olarak incelenmeyecektir. AYİM kararları hakkında bkz. Bahtiyar Akyılmaz, "Sosyal Risk...", s. 208-212.

<sup>16</sup> AYİM, 2. Daire, 17.01.1996, E. 1995/248, K. 1996/27: "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 kamu görevi yüzünden öldürüldüğü cihetle fiil ve sonuç ilişkisinin idareye yüklenebilir özellikte olduğu değerlendirilmiştir."

<sup>17</sup> Onar sosyal risk ilkesini içtimai hasar olarak ifade etmekte ve objektif esasa dayanan sorumluluk başlığı altında (s. 1742-1745) ele alırken Günday kusursuz sorumluluğu risk ilkesi ve fedakârlığın denkleştirilmesi başlıkları altında inceleyerek sosyal risk ilkesini risk ilkesinin alt başlığı olarak incelemektedir. (Günday, *İdare Hukuku*, s. 378-382) Gözler sosyal risk ilkesini Günday'ın başlıklandırması doğrultusunda risk ilkesi altında incelemekle birlikte terör eylemlerinden dolayı idarenin kusursuz sorumlu olamayacağını iddia etmektedir. (Gözler, *İdare Hukuku*, 2003, s. 1075-1172; *İdare Hukuku Dersleri*, 2015, s. 769)

lanacağı alanlarda idarenin faaliyeti ile terör bağlantılı zarar arasında bir illiyet bağı aranmamasıdır. Danıştay bunu şu şekilde açıklamaktadır: “... nedensellik bağı idarenin tazmin sorumluluğunun mutlak koşulu da değildir. İdarenin faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da, nedensellik bağı aranmadan “sosyal risk” ilkesi gereğince tazmini gerekmektedir.”<sup>18</sup> Danıştay bu yaklaşımdan hareketle illiyet bağı kurulabilen durumlarda sosyal risk ilkesinin uygulanamayacağına karar verebilmektedir.<sup>19</sup>

Danıştay kararlarında terörle bağlantılı zararlar da kusursuz sorumluluk ile sosyal riskin ayrı kategoriler olarak ele alındığı durumlar mevcuttur. Örneğin Danıştay bir polis memurunun görevi sırasında terör eylemi sonucunda öldürülmesinin 5233 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceğine ve olayın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>20</sup> Diğer yandan Danıştay 5233 sayılı Kanun’da bahsedilen sorumluluk ile bu Kanundan önce içtihatla geliştirilen sosyal risk ilkesini ayırıştırma yönünde kararlar vermiştir: “5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılama Hakkında Kanun “sosyal risk” ilkesinin yasalama halindedir. Bu nedenle, Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra, meydana gelen terör eylemleri veya terörle mücadele sırasında uğranılan zararların tazmini istemiyle açılan veya açılacak davalarda, artık sosyal risk ilkesinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır.”<sup>21</sup> Bir başka kararda da bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “İdarenin kusura dayalı ya da kusursuz sorumluluğu yanında, Anayasanın öngördüğü sosyal hukuk devleti anlayışına

<sup>18</sup> Danıştay 10. Daire, E. 1996/2383, K. 1997/41636 T. 6.11.1997. Benzer kararlar için bkz. Danıştay 10. Daire, E. 1996/9012, K. 1997/6164, 25.12.1997; 10. Daire, E. 1996/10292, K. 1998/1190, 18.3.1998; 10. Daire, E. 1997/3568, K. 1999/4782, 12.10.1999; 10. Daire, E. 1999/2162, K. 2000/5120, 11.10.2000. Danıştay aynı yaklaşımı 5233 sayılı yasadan sonra da sürdürmüştür. (Makalede yararlanılan mahkeme kararlarında özel olarak kaynak belirtilmeyen kararların tamamına Kazancı İçtihat Bilgi Bankası aracılığıyla erişilmiştir.)

<sup>19</sup> Örneğin bir polisin terörle mücadele sırasında hayatını kaybetmesine ilişkin davada “sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için olayın tüm toplumla ilgilendirilmesi ve zararın toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmesi yanında, olay ve zararın yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmaması, başka bir deyişle zarar ile idari eylem arasında bir nedensellik bağının da kurulmaması gerekmektedir.” Gereğince sosyal risk ilkesine dayanılmayacağına karar vermiştir. Danıştay 15. Daire, E. 2012/189, K. 2012/7048, T. 18.10.2012.

<sup>20</sup> Danıştay 15. Daire, E. 2012/189, K. 2012/7048, T. 18.10.2012.

<sup>21</sup> Danıştay 10. Daire, E. 2009/7423, K. 2009/9167, T. 26.10.2009.

uygun olarak ve bu temel üzerinden, kollektif sorumluluk anlayışı çerçevesinde bilimsel ve yargısal içtihatlar ile geliştirilen sosyal risk ilkesi, Anayasanın yukarıda öngördüğü amaçların gerçekleştirilmesine yöneliktir.”<sup>22</sup>

5233 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra kararlarda Kanun’un gerekçesi de dayanak olarak kullanılmaktadır.<sup>23</sup> Gerekçede sosyal riskin “İdarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bu zararların, nedensellik bağı ve kusur koşulu aranmadan karşılanmasını kabul eden objektif sorumluluk anlayışına dayalı” olduğu belirtildiğinden Danıştay bu gerekçeye de sıklıkla atıf yaparak sosyal riski illiyet bağı bulunmayan özel bir sorumluluk türü olarak kabul etmektedir.

Risk ilkesi ve kamu külfetlerinde eşitlik ilkesinde idarenin kusuru olmasa da idarenin faaliyeti ile zarar arasında doğrudan bir illiyet bağı aranmaktadır. Genel anlamda risk ilkesinde zarar doğrudan idarenin eylemiyle doğmamakla birlikte idarenin faaliyetiyle ilişkili olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, idare hukukunda özel hukukta kabul edilen “uygun illiyet bağı”nın ötesinde, daha dolaylı bir illiyet bağı kurulabilmektedir. Özel hukuktaki anlamıyla uygun illiyet bağı, “Olayların normal akışı ve hayat tecrübelerine göre niteliği itibariyle sonucu meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya olayın gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan “sebebe” ile söz konusu sonuç arasındaki bağıdır”.<sup>24</sup> Bir hukuk öznesinin sorumlu tu-

<sup>22</sup> İDDGK, E. 2013/4602, K. 2014/1220, T. 26.3.2014.

<sup>23</sup> Danıştay’ın sıkça atıf yaptığı kısım şu şekildedir: “Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçlayan terör eylemlerine hedef olan kişiler kendi kusur ve fiilleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olarak zarar görmektedirler. ... Ortaya çıkan bu zararın paylaşılması, toplumun diğer kesimleri ile zarara uğramış kişiler arasında fedakârlığın denkleştirilmesi, hakkaniyet ve sosyal hukuk devleti ilkelerinin bir gereğidir. ... İdarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bu zararların, nedensellik bağı ve kusur koşulu aranmadan karşılanmasını kabul eden objektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla da kabul edilmiştir.... Bu çerçevede yapılan çalışmalar sonunda, terör eylemlerinin ülkemizde yoğun olarak yaşandığı ( olağanüstü hal ilan edilen ) 19.07.1987 tarihi ile 30.11.2002 tarihi arasında, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin maddi zararlarının yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan, idarece en kısa süre içinde ve sulh yoluyla karşılanması ... amacıyla bu Tasarı hazırlanmıştır.”

<sup>24</sup> Hayrettin Yıldız, “İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağı Meselesi”, *TBB Dergisi*, 2016(116), s. 141; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 314.

tulabilmesi bu tür bir illiyet bağı ile mümkün olabilecektir; illiyet bağı sorumluluğun kurulabilmesinin en önemli şartıdır ve bu bağlamda Danıştay'ın bazı kararlarında, hatta 5233 sayılı Kanun'un gerekçesinde ileri sürülen ve sosyal risk ilkesinin geçerli olduğu durumlarda illiyet bağının olmadığı iddiasının değerlendirilmesi gerekir.

İdarenin borçlar hukuku öznelere farklı görev ve yetkilerle donatılmış olması, yani kamu yararını gerçekleştirmek üzere hayatın çok çeşitli alanlarında kamu gücü ayrıcalıklarını içeren yetki ve yükümlülüklerle sahip olması nedeniyle idarenin sorumluluğu farklı özelliklere sahiptir. İdare hukukunda kusurun özel hukuktaki gibi kişisel ve subjektif değil, anonim ve objektif olmasındaki gibi illiyet bağındaki bağlantı da bir failin eylemi ile zarar arasındaki subjektif ilişkide değil, kamu hizmetiyle zarar arasındadır.<sup>25</sup> Borçlar hukukunda beklenti sorumluluğun sınırlandırılması ve olabildiğince sınırları net biçimde çizilmesiyle idare hukuku alanında idarenin yetkilerindeki genişliğe koşut olarak sorumluluğu da artabilecektir. İdare doğrudan aktif bir eylem yürütmese de ihmali eylem olarak isimlendirilen ve idarenin yükümlülüklerini yeterince yerine getirmemesinden kaynaklanan sorumluluk daha yaygın olarak karşımıza çıkar ve illiyet bağı idarenin yürüttüğü kamu hizmetinden kaynaklanır. İdarenin sorumluluğunda neden-sonuç bağının varlığı için zararın idarenin yürüttüğü bir kamu hizmetiyle bağlantılı olmasını yeterli gören ve sorumluluğu genişletici bir yorum sosyal hukuk devleti anlayışıyla da uyumludur.<sup>26</sup> Aksi bir yoruma gidildiği ve illiyet bağı dar yorumlanarak özel hukukta kabul gören şekliyle uygun illiyet bağı birebir uygulanırsa örneğin bomba imha ekibinin imha etmeye çalışırken bir bombanın patlayarak zarara yol açması durumunda patlamayı önlemeye çalışan kişilerin eylemiyle zarar arasında illiyet bağı olduğu kabul edilemeyebilecektir. Yine benzer şekilde idarenin kendi yerleştirmedeği bir mayının patlaması sonucunda mayını temizlememesi ya da bir elektrik kablosunun kopması nedeniyle sorumluluğundan bahsedilebilmesinin nedeni doğan bu olağandışı zararın idarece karşılanmasının zararın sosyalleştirilmesi anlamına gelmesidir. Bir davada da ilkokulda ikinci sınıf öğrencisinin gözüne kalem isabet etmesi nedeniyle gözünü kaybetmesi olayında

<sup>25</sup> Mukbil Özyörük, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara, 1972, s. 238.

<sup>26</sup> Bu yönde bir görüş için bkz. Halim Alperen Çıtak, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, 76-80.

idarenin doğrudan bir eylemi olmamasına rağmen idarenin faaliyet alanıyla ilgili olarak önlemekle yükümlü olduğu zararı önleyememesi nedeniyle sorumlu olması gerektiğine karar verilmiştir.<sup>27</sup> Bu örnekler depremden doğan sorumluluk ya da iflas eden bankaların neden olduğu zararlardan idarenin de sorumlu tutulması gibi davalarla da çoğaltılabilir. Bu tür zararlara idarenin katlanması idarenin kamu hizmetleri aracılığıyla toplumsal bir işlev yerine getirmesinden kaynaklanır. Bu bakımdan idare hukukundaki illiyet bağı objektif niteliklidir ve illiyet bağındaki bağlantı noktası, idarenin sunduğu kamu hizmetidir.

İdare hukukunda illiyet bağının daha dolaylı olabilmesi sadece sosyal risk ilkesi bakımından değil, hizmet kusuru açısından da geçerlidir. Zararın doğmasına yol açanlar üçüncü kişi olmasına karşın idarenin önleme ve/veya denetleme yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğa hükmedilebilmesi de bunun örneklerindedir. İdare hukukunda kamu hizmeti ile zarar arasında dolaylı da olsa bir bağlantı bulunuyorsa, yani idarenin doğrudan eylemi olmasa ve hizmet kusuru düzeyinde bir kusurun varlığından bahsedilemiyorsa da yükümlülüklerini yeterli düzeyde yerine getirmediği kabul edilebiliyorsa illiyet bağının varlığı kabul edilebilir.

5233 sayılı Kanun'un gerekçesinde yer alan ve Danıştay tarafından da sıklıkla kullanılan "İdarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bu zararların, nedensellik bağı ve kusur aranmadan" ifadesi de bu bağlamda okunmak gerekir. 5233 sayılı Kanun'da kusura ilişkin kısıtlayıcı nitelikte herhangi bir hüküm bulunmamaktadır; zaten Kanunun gerekçesinde yer alan ifadelerin normun lafzını kısıtlayıcı biçimde yorumlanması ve daha önce yargı tarafından geliştirilen bir ilkeyi belirlemesi mümkün değildir. Kusursuz sorumluluğun ikincil olma niteliği nedeniyle sosyal risk kapsamına gireceği iddia edilen bir durumda öncelikle kusurlu sorumluluğun aranması gerekir. Kaldı ki, yasanın gerekçesinde yer alan "İdarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği zarar" ifadesi bir hizmet kusurunun ya da Lütfi

<sup>27</sup> 8. Daire E. 2001/1439 K. 2001/2817 T. 5.6.2001. Bozma kararında bu durum şöyle ifade edilmiştir: "...idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmamakla birlikte idarenin faaliyet alanı ile ilgili olarak önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararlarda nedensellik bağı aranmadan zararın tazmin edilmesi gerektiğinden..."

Duran'ın isabetli biçimde ifade ettiği kusur karinesinin<sup>28</sup> göstergesi de olabilecektir. Yine bu ifadenin kendisi zarar ile idare/kamu hizmeti arasındaki bağlantıyı işaret etmekte ve bir illiyet bağına ortaya çıkarılmaktadır. Onar da içtimai hasar olarak ifade ettiği bu durumu "idarî faaliyet ile zarar arasındaki illiyet rabitası gibi daha dar ve teknik bir hukukî esasa değil, hukukî müsavat, hakkaniyet ve nesafet gibi daha geniş hakkaniyet esaslarına istinat ettirilir" biçiminde açıklamaktadır.<sup>29</sup>

Sosyal risk ilkesinin uygulanabileceği alanlarda zararı doğuran eylem aktif olarak idarenin değil, üçüncü kişilerin eylemidir. Bu ilkenin uygulanabilmesinin bir diğer koşulu da idarenin bu zararı önlemek konusundaki pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiğine, yani bu zararı önleyebilecekken önlemediğine ilişkin herhangi bir kanıt bulunmamasıdır. Zaten bu tür bir ihmali eylemin varlığı durumunda hizmet kusuruna dayalı sorumluluğa gidilmesi gerekecektir.

Sosyal risk ilkesinin bir diğer özelliği de idarenin sorumluluğunun dayanağı olan eylemin ve ortaya çıkan zararın herhangi bir suçtan farklılaşan niteliğidir. Danıştay bu durumu şu şekilde ifade etmektedir:

"Sosyal risk ilkesi ile toplumun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağandışı zararların da topluma pay edilerek giderilmesi amaçlanmıştır. Genel bir ifade ile "terör olayları" olarak nitelenen eylemlerin, Devlete yönelik olduğu, Anayasal düzeni yıkmayı amaçladığı, bu tür olaylarda zarar gören kişi ve kuruluşlara karşı kişisel husumetten kaynaklanmadığı bilinmekte ve gözlenmektedir. Sözü edilen olaylar nedeniyle zarara uğrayan kişiler, kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olmaları nedeniyle zarar görmektedirler. Belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların ise, özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınıp, terör olaylarını önlemekle yü-

<sup>28</sup> Duran, Türkiye İdaresinin..., s. 40-46. Duran'a göre bu durumda idarenin kusursuz olduğunu ispat etmesi gerekecektir; mahkeme kararlarında bulunmasa da mahkeme kararlarının uygulanmaması durumunda tazminat davası açılabilmesine ilişkin hüküm de bu karinenin bir örneği olarak anlaşılabilir.

<sup>29</sup> Onar, İdare Hukukunun..., s. 1744.

kümlü olduğu halde önleyemeyen idarece, yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre, topluma pay edilmesi suretiyle tazmini hakkaniyet gereği olup, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir".<sup>30</sup>

Danıştay'ın "zarara uğrayan kişilerin kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olmaları nedeniyle" zarar gördüğü ifadesi sosyal risk ilkesinin uygulanma alanının ayırt edici unsuru olmak bakımından yeterli değildir. Terörle bağlantılı zararları diğer suç tiplerinden ayıran nitelik, terör eyleminin doğrudan belirli kişi/kişilere yönelen şiddet içeren adli bir olaydan farklı olarak belli bir kişisel husumet olmaksızın ve toplumsal bir hedefe yönelen bir suç türü olmasıdır. Şiddet içeren hiçbir suçta zarara uğrayanın kusur ve eyleminden bahsetmek mümkün olmamakla birlikte terör eylemlerine hedef olan kişiler açısından başka bir durum söz konusudur. Kişi doğrudan hedef olarak seçilmiş olsa dahi terör eyleminin hedefi o kişi ya da kişilerin şahsı olmaktan öte bir siyasal amacın gerçekleştirilmesidir; yani söz konusu zarar siyasal/toplumsal bir sorunun yansımasıdır ve kişi bu soruna ilişkin bir amacın gerçekleştirilmesi için sadece toplumun üyesi olması nedeniyle hedef olabilmektedir. Bu bakımdan, devletin ve zarara uğrayan kişilerin terör eylemlerindeki konumu o toplumdaki herhangi bir suçtan farklı niteliktedir.<sup>31</sup>

Tüm bu farklı özelliklerine karşılık terörle bağlantılı zararlardan doğan sorumluluğun üçüncü bir sorumluluk türü olarak nitelenmesi gerekli değildir. Her ne kadar illiyet bağı konusunda diğer sorumluluk türlerinden bir farklılaşma bulunsa da illiyet bağı bulunmadan sorumluluk olamayacağından hareketle bir hizmet kurusu bulunmadığı hallerde uygulanabilecek olan sosyal risk ilkesi de bir kusursuz sorumluluk türü olarak değerlendirilmelidir. Ancak, bir zararın terörle bağlantılı olarak ortaya çıkması ve kusur bulunmaması doğrudan sosyal risk ilkesinin uygulanmasını gerektirmez. Örneğin terörle mü-

<sup>30</sup> İDDK, E. 2015/2933, K. 2016/326.

<sup>31</sup> Türkiye'de genel anlamda suçtan zarar görenlerin zararlarını karşılamak üzere bir yardım yapılmasını içeren bir yasa tasarısı çıkarıldığını da belirtmek gerekir. Adalet Bakanlığı'nın hazırladığı "Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı" 2008'den itibaren belli aralıklarla gündeme gelmişse de meclise gelmemiştir. Tasarı için bkz. <http://www.bursabarasu.org.tr/paylasim/File/dosyalar/2009/sucmagdur.pdf> Tasarı hakkında bir inceleme için bkz. Fatma Karakaş Doğan, "Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı", *TBB Dergisi*, 2011 (95), s. 197-234.

cadele kapsamında idare tarafından riskli araçların kullanılması durumunda sosyal risk ilkesinden değil, risk ilkesinden bahsetmek gerekir. Buna karşılık zarar terörle mücadele kapsamında olduğu için 5233 sayılı Kanun kapsamında bir zarardır.<sup>32</sup> Bu durumun bir başka örneği de patlayıcı maddelerin, özellikle mayınların patlaması sonucunda uğrılan zararlardır. Terörle mücadele etmek amacıyla devlet tarafından mayın döşenmesi durumunda üçüncü kişilerin kasıtları olmaksızın bu mayınların patlaması sonucunda yaralanması durumunda da idarenin sorumluluğunun gündeme gelmesi mümkündür. Ancak bu tür bir durumda da kusura dayalı mı, yoksa kusursuz sorumluluğun belli bir türünün mü sorumluluğa dayanak olduğu olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Eğer devletin döşediği mayınlı bir arazide yeterli işaretleme yapılmaması nedeniyle zarar ortaya çıkmışsa kusurlu sorumluluğa gidilebilecekken yine devlet tarafından döşenen bir mayınlı alanda yıllar içinde toprağın kayması nedeniyle öngörülme- yen bir arazide patlama meydana gelmişse bu durumda risk sorumluluğuna gidilebilecektir. Oysa devletin döşemediği bir mayınlı alanda yaşanan patlama nedeniyle Danıştay kusura dayalı sorumluluğa<sup>33</sup> ya da sosyal risk ilkesine dayanarak zararın tazminine karar verebilmektedir.<sup>34</sup> Ancak Danıştay'ın karar gerekçelerinden hizmet kusurunu öncelikle inceleyip incelemeyeceği ya da hangi durumlarda doğrudan sosyal risk ilkesini uyguladığını saptamak güçtür.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, kitlesel eylemler, terör eylemleri ya da savaşla bağlantılı, yani toplumsal bağlamda oluşan zararlar bakımından kusur ya da illiyet bağının aranmasının gerek-

<sup>32</sup> 15. Daire, E. 2011/9389, K. 2015/5311, T. 17.9.2015. Kararda otomatik bombaatarın deneme atışları sırasında meydana gelmesi karşısında olayın terörle mücadele kapsamında olduğu kabul edilmiş ve olay yerinde bulunan davacının kızının ölümü eşi ve çocuklarının yaralanmasından kaynaklanan zararların terörle mücadele kapsamında giderilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

<sup>33</sup> Bu yönde yakın tarihli bir örnek için bkz. Danıştay 10. Daire, E. 2014/6332, K. 2016/722, 11.2.2016: "terör örgütüne yerleştirilmiş anti-tank mayınınun üzerinden kamyonun geçmesi sonucunda meydana gelen patlamada ... patlama bölgesinin tehlikeli maddelerden arındırılarak güvenliğini sağlama veya güvenliği sağlanamayan bölgeye giriş uyarıcı işaretlerle engel olunması hususundaki görevini yerine getirmeyen davalı idarenin hizmet kusuru işlediği" ne karar verilmiştir.

<sup>34</sup> Danıştay'ın hiç kusur tartışmadan sosyal risk ilkesi ve 5233 sayılı Kanun hükümlerine atıfla tazmine hükmedilmesi gerektiği yönünde kararı için bkz. Danıştay 15. Daire, E. 2011/16575, K. 2015/6073, 15.10.2015. Kararın gerekçesinden yukarıdaki karardaki durumla bu durum arasında bir farktan bahsetmek mümkün değildir.

mediği ve doğrudan sosyal risk ilkesinin uygulanacağını varsaymak doğru değildir. Kusurlu sorumluluğun aslî olması karşısında her koşulda öncelikle kusur bulunup bulunmadığı, yani idarenin bu zararı önleme ihtimali olup olmadığı, güvenlik ve istihbarat hizmetlerinin yürütülmesinde etkili hizmet verilip verilmediğinin denetlenmesi gerekir. Bu konuda Madımak otelinin yakılması, Uğur Mumcu ve Hrant Dink suikastlarına ilişkin davalar önemli birer örnektir. Madımak otelinin yakılması sırasında yeterli müdahalede bulunulmaması ve hem Uğur Mumcu, hem Hrant Dink'in hedef haline geldiği açık olmasına rağmen yeterince korunmamaları nedeniyle bu davalarda hizmet kusuru bulunduğu kabul edilmiştir.<sup>35</sup> Günday'ın da belirttiği gibi, yargının sosyal risk ilkesini nedensellik bağı bulunmayan türde bir kusursuz sorumluluk türü olarak kabul etmesi "adeta idarenin terör olayları karşısında aczine dayandırılmakta ve idareyi terörü önleyemediği halde kusura dayalı sorumluluktan soyutlamayı ve aklamayı hedeflemektedir".<sup>36</sup> Sosyal risk ilkesi bir kusursuz sorumluluk olarak ele alınsa dahi terörle bağlantılı tüm zararlarda sosyal risk ilkesinin uygulanacağını varsaymamak, öncelikle aslî sorumluluk türü olan kusurlu sorumluluğu değerlendirmek gerekir.

Kusursuz sorumluluğun hizmet kusurundan farklı olarak idareyi ve ilgili kamu görevlisini suçlama gibi bir değer yargısına dayanmaması nedeniyle<sup>37</sup> idareyle hiçbir bağlantısı bulunmayan bir kusursuz sorumluluğun varsayılması bir yandan sorumlu kamu görevlilerine rücu edilmesinin önüne geçmekte, diğer yandan da idarenin yurttaşların yaşam hakkı ile güvenlik hakkını korumak konusundaki yükümlülüklerinin daha sınırlı biçimde çizilmesine, adeta idarenin aklanmasına yol açmaktadır.

5233 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra sosyal risk ilkesinin uygulanamayacağına ilişkin görüşler ileri sürülmüşse de<sup>38</sup> bu

<sup>35</sup> Uğur Mumcu kararı (Danıştay 10. Daire, E. 1996/10292, K. 1998/1190, 18.3.1998); Madımak kararı (Danıştay 10. Daire, E. 1996/211, K. 1996/5755, 2.10.1996) Hrant Dink'le ilgili olan Danıştay tarafından yayımlanmadığından karardan gazete haberleri aracılığıyla öğrenilmiştir. <http://www.milliyet.com.tr/4-suikast-yetmedigundem-1423514/>

<sup>36</sup> Günday, *İdare Hukuku*, s. 381.

<sup>37</sup> Gözübüyük, "Terör Olayları...", s. 195.

<sup>38</sup> Bu yönde bkz. Kürşat Akça, "Toplumsal Olaylar Nedeniyle Oluşan Zararlardan İdarenin Sorumsuzluğu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı C. 2,

görüğe de katılmaya imkân yoktur. Kimi kararlarda Danıştay'da da izlenebilecek bu yaklaşımın en önemli sorunu bu Kanunun zorunlu bir başvuru yolu olduğunu ve belli bir sorumluluk tipini öngördüğünü varsaymasıdır. Oysa 5233 sayılı Kanun alternatif bir yargı-öncesi uyuşmazlık çözüme yöntemidir ve bu Kanuna göre bir başvuru yapılsa da olayın koşullarına göre hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluğa dayanılması mümkündür. Zaten Kanunun terörle mücadelede doğan zararları da içerdiği dikkate alındığında doğrudan idarenin kusurlu eylemlerinin de bu Kanun kapsamında olacağını evleviyetle dikkate almak gerekir.

### **b. 5233 sayılı Kanunun Uygulanma Alanı ve Kapsamı**

5233 sayılı Kanun, Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararlarının sulhen karşılanmasını düzenlemiştir. Kanuna göre, terör veya terörle mücadelede maddi anlamda zarar gören kişilerin olayın öğrenilmesinden itibaren altmış gün, her halde olayın meydana gelmesinden itibaren bir yıl içinde zararın gerçekleştiği veya zarar konusu olayın meydana geldiği il valiliğine başvurmalarıyla birlikte zarar tespit komisyonlarının yapacağı değerlendirme sonucunda üzerinde anlaşacakları bir sulhname ile kişilerin maddi zararlarının karşılanması mümkündür. Kamu tüzel kişilerinin örneğin köy adına oluşan zararların talep edilmesi mümkün değildir.<sup>39</sup> Kanunun lafzından kamu görevlilerinin terörle bağlantılı zararları nedeniyle başvuramayacağına ilişkin sınırlandırıcı bir hüküm olmaması nedeniyle kamu görevlileri de bu kapsama girmektedir.<sup>40</sup> Buna karşılık Danıştay bazı kararlarında kamu görevlisinin zarara uğraması durumunda 5233 sayılı Kanunun uygulanamayacağına karar vermiştir.<sup>41</sup> Danıştay'ın bu yaklaşımının nedeni aşağıda da değinileceği üzere kanunu doğrudan

2015, s.989.

<sup>39</sup> Bu yönde bir Danıştay kararı için bkz. 15. DAİRE, E. 2011/6719, K. 2012/11433, 21.11.2012.

<sup>40</sup> 5233 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinin 18. Maddesinde terörle mücadele nedeniyle zarar gören kamu görevlilerine daha önceden ödenmiş olan tazminatların hesaplanma kriterinin farklı olması durumunda mahsup edilerek başvurma imkânı açıkça düzenlenmiştir.

<sup>41</sup> 15. Daire, E. 2012/189, K. 2012/7048, 18.10.2012.

sosyal risk ilkesiyle sınırlı olarak yorumlamasıdır. Sosyal riskin tanımlanmasında da toplumun bir parçası olmak nedeniyle uğranılan bir zarar olduğu fikri bulunduğundan kamu görevlilerinin uğradığı zararlar hizmet kusuru ya da kusur bulunmuyorsa da riskli bir faaliyet ise risk ilkesine, riskli faaliyet değilse kamu külfetlerinde eşitlik ilkesine dayandırılmaktadır. Oysa yargı yoluna başvurmadan sulh yoluyla tazminatı mümkün kılan ve sorumluluğun dayanağı bakımından da sınırlandırma içermeyen bu Kanundan herkesin yararlanma hakkı bulunmaktadır.

5233 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre sulh yoluyla karşılanabilecek zararlar; a) Hayvanlara, ağaçlara, ürünlere ve diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zararlar, b) Yaralanma, engelli hâle gelme ve ölüm hâllerinde uğranılan zararlar ile tedavi ve ceza giderleri, c) Terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddî zararlardır. Zarara yol açan eylemin terör veya terörle mücadeleye ilişkin bir eylem olması yeterlidir; zarara uğrayan kişinin rastlantısal biçimde ya da hedef gözetilerek zarara uğratılması Kanunun uygulama alanı bakımından önem taşımamaktadır. Tek bir kişinin doğrudan hedef olduğu bir durum da Kanunun kapsamına girebilecektir.

Zararların tazminine ilişkin mahkeme kararlarına yansıyan ve tartışmalı olan zarar türü kişilerin malvarlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan zararlardır. Köy boşaltma olarak bilinen bu davalarda ispata ilişkin güçlüklerin yanı sıra bu zararın kapsamının ne olduğu ve kimlerin tazmin talep edilebileceği de tartışmalı olmuştur. Danıştay bir zararın varlığının kabul edilmesi için mutlaka köyün tamamen tahliye edilmiş olmasını aramakta ve bu nedenle zararın hesaplanmasında zarar görenin köyü terk etme tarihini esas almamaktadır. Danıştay'a göre bu tür başvurularda "sadece köyün tahliye edilmesinden, köye dönüşe izin verildiği tarihe kadar geçen süreçle sınırlı kalmak kaydıyla" tazmin mümkündür.<sup>42</sup> Mahkemenin tamamen tahliye koşulunu araması malvarlığına ulaşamamadan kaynaklanan zararlar için kanunun lafzını önemli ölçüde daraltan ve amacın gerçekleşmesini güçleştiren bir yorumdur. Diğer yandan, Danıştay malvarlığına ulaşamadığını iddia eden kişilerin mutlaka terör öncesi ikamet ediyor olmasını

<sup>42</sup> 10. Daire, E. 2008/2990, K. 2008/6284, 23.9.2008.

aramamakta, intifa ya da zilyetlik gibi bir hakkın kullanılmamasını yeterli görmektedir.<sup>43</sup>

Kapsama ilişkin 2. maddede ise kapsam dışında tutulan durumlar düzenlenmiştir. Buna göre, devletçe başka bir şekilde karşılanan zararlar ile AİHM’de ihlal kararı ya da dostane çözüm aracılığıyla ödenen tazminatlar, terör dışındaki ekonomik ve sosyal sebeplerle uğranılan zararlar ile güvenlik kaygıları dışında kendi istekleriyle buldukları yerleri terk edenlerin bu sebeple uğradıkları zararlar, kişilerin kendi kastıyla oluşan zararlar<sup>44</sup> Kanunun kapsamı dışındadır.

Buna karşılık, daha önce başka bir şekilde tazminat alınmış olması durumunda devam eden zararlar da 5233 sayılı Kanun’a göre başvuru yapılabilecektir. Örneğin köyü terk etmek zorunda kalma nedeniyle uğranılan zararlar için AİHM’e yapılan bir başvurunun dostane çözümlerle sonuçlanmasına karşın başvurunun reddine karşı açılan davada idare mahkemesi zararın sürdüğü gerekçesiyle dostane çözümün yapıldığı tarihten köye dönüşlerin başladığı tarihe kadarki zararın tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiş, Danıştay zararın hesaplanmasında AİHM’e başvuru tarihinden köye dönüş tarihine kadarki sürenin dikkate alınması gerektiğine karar vererek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.<sup>45</sup> Hak arama özgürlüğüne uygun bir yorum niteliğinde olan karar sadece AİHM kararları bakımından değil, başka bir yolla yapılan tazminat ödemeleri açısından da emsal olabilecek niteliktedir ve tazminatın ödenmesinden sonra devam eden zararlar için Kanunun uygulanabilmesini sağlar.

İstisna hükmünün son fıkrasında ise Terörle Mücadele Kanunu’nun 1., 3. ve 4. maddeleri kapsamındaki suçlar ile terör olaylarında yardım ve yataklık suçlarından mahkûm olanların bu fiillerinden dolayı uğradığı zararların bu Kanun kapsamı dışında olduğu ve bu suçlardan

<sup>43</sup> 15. Daire, E. 2013/10027, K. 2015/7244, 9.11.2015.

<sup>44</sup> Kişinin kastı ile oluşan zararlar ile zarar görenin kusuru kavramlarını karıştırmamak gerekir. Zarar görenin doğrudan zarar verme kastı olmaksızın zararın oluşmasına katkıda bulunan eylemi bulunması tazminat miktarının hesabında dikkate alınacak bir unsurdur. Danıştay 13 yaşındaki bir çocuğun hayvanları otlattırken bulduğu yabancı cisim evine getirerek bu cismin patlaması sonucu ölmesi olayında çocuğun ailesinin gözetim yükümlülüğüne atıfla bu duruma müterafik kusur dese de söz konusu sorumluluk kusura dayalı olmadığından ortak kusurdan bahsetmek doğru değildir. (15. Daire, E. 2011/9487, K. 2013/1480, 21.2.2013)

<sup>45</sup> 15. Daire, E. 2011/2234, K. 2011/251, 15.6.2011.

dolayı ceza kovuşturması açılmış bulunanlar hakkında kovuşturma sonuçlanıncaya kadar bu Kanuna göre işlem yapılmayacağı düzenlenmiştir. Uygulamada mahkûmlara ilişkin bu istisnanın geniş yorumlanabildiği görülmektedir. Örneğin köyü terk etmek zorunda kalmaya ilişkin bir uyuşmazlıkta başvurucunun eşinin Kanunda sayılan suçtan mahkûm olduğu gerekçesiyle talebinin reddedildiği ve idare mahkemesinin bu uygulamanın cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal kararı verdiği anlaşılmaktadır.<sup>46</sup> Bir başka davada Danıştay yaralanarak zarar görenin terör örgütü “sempatizan”ı olduğuna ilişkin resmi makamlarda bilgi bulunması nedeniyle Kanunun uygulanamayacağına karar verebilmiştir.<sup>47</sup> Yine bir başka başvuruda terör örgütü üyelerinin sığınağı olarak kullanılan evin yıkılmasından doğan zararın bu istisnaya dayanılarak reddedildiği, ancak başvurucunun suçun manevi unsuru bulunmadığından beraat ettiği anlaşıldığından tazminat verilmesi gerektiğine karar verilmiştir.<sup>48</sup>

Bu tür davalarda karşımıza çıkabilen bir başka durum da ölümlü vakalarda ölen kişinin terörle bağlantısı olup olmadığının incelenmesidir. Kişiler bu durumlarda mahkûm olmadan hayatlarını kaybettiği için masumiyet karinesi gereği Kanunda mahkûmiyete ilişkin istisnanın uygulanamaması gerekir. Buna karşılık, Danıştay ölen kişinin terörle ilgili bir suç işleyip işlemediğini denetleyebilmektedir. Örneğin yasadışı bir gösteri sırasında ölen kişinin yasadışı gösteriye katılması dikkate alınarak Kanunun kapsamı dışında kaldığına hükmedilmişse de Danıştay kişinin terör örgütü üyesi olduğu ya da bir terörist saldırı-

<sup>46</sup> E:2009/4014, K:2009/5294, aktaran: Yunus Çetin, “Terör Olaylarından Kaynaklanan Tazminat Davaları ve İdari Kolluk Hizmetlerinden Uğranılan Zararların Tazmini”, Anayasa Mahkemesi sunum metni, ([www.anayasa.gov.tr/files/insan\\_haklari\\_mahkemesi/.../ym.../cetinterorOlaylari.doc](http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/.../ym.../cetinterorOlaylari.doc), son erişim tarihi: 28.2.2017)

<sup>47</sup> 15. Daire E. 2011/11 K. 2011/335 T. 22.6.2011. Kararda şu ifadeye yer verilmiştir: “hakkında, istihbari açıdan örgüt üyesi veya yandaşı (sempatizanı) olduğuna dair resmi makamlarda bilgi bulunan kişilerin, terör nedeniyle uğradığı zararların, 5233 sayılı Yasa kapsamında tazmini hukuken mümkün değildir”.

<sup>48</sup> 15. Daire, E. 2011/9635, K. 2012/5277, 12.9.2012: “davacıya ait evin, terör örgütü üyeleri tarafından sığınak olarak kullanıldığından bahisle güvenlik kuvvetleri tarafından 18.7.1994 tarihinde yıkılması nedeniyle uğranılan zararın 5233 sayılı Kanun uyarınca tazmini istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptaliyle ilgili davada DGM’nin “saniğin üzerine atılı suçu yasa dışı terör örgütünün korku ve baskısı sonucunda işlediğinin anlaşıldığı, suçun manevi unsurunun oluşmadığı” gerekçesiyle davacının beraatına karar verdiği anlaşıldığından zararının 5233 sayılı Kanun kapsamında olduğuna” karar verilmiştir.

da bulunduğuna yönelik bir belirleme olmadığından hareketle bozma kararı vermiştir.<sup>49</sup> Bir başka davada terör örgütüne yardım şüphesiyle gözaltına alınan kişinin gözaltındayken ölümü durumunda mahkeme bu kişinin suçu işlediği sabit olmadığından bahisle Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Danıştay, kararda ölüm olayı ile terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet arasında illiyet bağı bulunduğunu dikkate almıştır.<sup>50</sup> Diğer yandan, bir başka olayda ise Danıştay zarar görenin terör eylemine karışmasına rağmen ölüme yol açan olay bakımından değerlendirme yapmıştır. Dosyada kişi terör suçu nedeniyle yakalanmışsa da pişmanlık göstermiş ve kolluk kuvvetlerine yer gösterme sırasında hayatını kaybettiğinden zararının tazmini gerektiğine karar vermiştir.<sup>51</sup>

Tazminattan yararlanabilecek kişilerle ilgili bu hüküm istisna hükmü olduğundan dar yorumlanması ve ancak kişi bir ceza mahkemesinde yargılanıp mahkûm olduğu takdirde bu istisna hükmünün

<sup>49</sup> 15. Daire, E. 2011/9484, K. 2015/5598, 1.10.2015. Her ne kadar karar tazminat ödenmesi yönündeysen de Danıştay'ın akıl yürütmesi Kanununun mahkûmiyet koşulu, yani lafzı karşısında hatalıdır.

<sup>50</sup> 15. Daire, E. 2011/9811, K. 2012/2716, 9.5.2012. Kararda idarenin bu ölümle etkili soruşturma yükümlülüğünü yerine getirmemesine de vurgu yapılması idarenin eylemi ile ölüm arasındaki illiyet bağı açısından bir karine olarak yorumlanabilir: "Kişilerin gözaltında buldukları sırada hayatlarını kaybetmeleri halinde, hukuk devletinin bir gereği olarak, ölüm olayının nasıl meydana geldiğinin etkili bir şekilde araştırılması gerekir. Davacıların mirasbırakanının terör örgütüne yardım ve yataklık yaptığına ilişkin, şüpheden öte, herhangi bir mahkeme kararı bulunmadığı; ayrıca, davacıların mirasbırakanının ölümüne yönelik davalı idarece herhangi bir soruşturma ve inceleme yapılmadığı da dikkate alındığında, davacıların mirasbırakanın Mardin İl Merkez Jandarma Bölük Komutanlığı'na sorgulandığı sırada ölümünün, "terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet nedeniyle" meydana geldiği ve ölüm olayı ile terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet arasında illiyet bağının bulunduğu sonucuna varıldığından; davalı idare tarafından, ölüm olayının, "terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet nedeniyle" meydana geldiği dikkate alınarak..."

<sup>51</sup> 15. Daire, E. 2011/9965, K. 2012/5281, 12.9.2012: "davacıların mirasbırakanı her ne kadar önceden terör eylemlerine katılmış ise de, sorgulaması sırasında pişmanlık göstererek terör örgütünün askeri kanadına ait kamp, sığınak, konaklama ve buluşma noktalarını bildiği ve istenildiği zaman bu yerleri gösterebileceğini beyan etmesi üzerine güvenlik kuvvetlerince yer göstermek için götürüldüğü Batman İli, Kozluk İlçesi, ... Köyü'ndeki bir sığınakta yer gösterilmesi sırasında terör örgütü üyelerince önceden tuzaklanmış bombanın patlaması sonucunda hayatını kaybettiği dikkate alındığında, davacıların mirasbırakanının artık pişmanlık hükümlerinden yararlanabilecek konumunda, güvenlik güçlerinin denetim, gözetim ve korumasında onlara yardım ederken hayatını kaybetmiş bir kişi olarak kabulü gerekmektedir".

uygulanabilmesi gerekir. Ölen bir kişinin suç işleme niyeti ya da sempatisiz olup olmadığı yönündeki idare ya da mahkeme değerlendirmeleri kanunun lafzını aşan değerlendirmelerdir. Ölen kişinin kendisinin gerçekleştirdiği terör eylemi sırasında zarar görmesi durumunda maddenin (e) bendinde yer alan ve istisna hükmünde olan kendi kasıtlı oluşan zarardan bahsedilebilecektir. Yine eğer kişinin kendi kusuru zararın artmasına yol açmışsa bu durum 8. maddede öngörüldüğü şekilde zararın tespiti aşamasında dikkate alınmalıdır.

Kanunun uygulanmasındaki önemli unsurlardan biri de zararın belirlenmesi aşamasıdır. Kanuna göre, zararın belirlenmesi için her ilde zarar tazminat komisyonları kurulacaktır. Bir başkan ve altı üyeden oluşan komisyonda, komisyon başkanı sıfatıyla valinin görevlendireceği vali yardımcısı; maliye, bayındırlık ve iskân, tarım ve köy işleri, sağlık, sanayi ve ticaret konularında uzman ve o ilde görev yapan kamu görevlilerinden vali tarafından belirlenecek birer kişi ile baro yönetim kurulunca baroya kayıtlı olanlar arasından görevlendirilecek bir avukat yer alır. Komisyon salt çoğunlukla toplanır ve kararlar üye tam sayısının salt çoğunluğuyla alınır. Komisyon, yapılan her başvuruya ilgili çalışmalarını başvuru tarihinden itibaren altı ay içerisinde tamamlamak zorundadır. Zorunlu hallerde bu süre komisyon kararı ve vali onayı ile üç ay daha uzatılabilecektir.

5233 sayılı Kanun'a ilişkin bir diğer tartışma da terörden kaynaklanan zararlar söz konusu olduğunda bu başvurunun tüketilmesi zorunlu bir başvuru yolu olup olmadığıdır. İdari eylemlerden doğan zararlar bakımından gerçek anlamda bir uyuşmazlığın çıkması ve İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) anlamında dava edilebilir bir işlemin ortaya çıkması gerektiğinden idari eylemlerde bir başvuru ya da idari itirazdan değil, ön karardan bahsetmek gerekir.<sup>52</sup> Zorunlu idari itirazlar bir uyuşmazlık doğduktan sonra dava açılabilir bir işleme karşı dava açabilmek için gidilen bir yol iken ön karar dava açılabilmesi için tüketilmesi zorunlu bir yoldur ve bu yolun tüketilmemesi durumunda idari merci tecavüzü gündeme gelecektir.

Her ne kadar 5233 sayılı Kanun'a göre karşılanabilecek zararlar daha çok idari eylemlerden kaynaklansa da örneğin sokağa çıkma

<sup>52</sup> Burak Öztürk, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İtiraz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 18-19.

yasağı kararının uygulanması nedeniyle malvarlığına erişemeden kaynaklı zararlarda bir idari işlemin uygulanması sonucunda da zarar doğması mümkündür. Bu bakımdan, 5233 sayılı Kanun uyarınca yapılan başvuru idari bir eylemle ilişkili ise bu başvuru sonucunda verilen karar ön karar niteliğinde iken idari işlemin uygulanmasından doğan bir zarar varsa bu başvuru idari itiraz niteliğinde olacaktır.

İdari işlemlerde zorunlu idari itiraz hak arama özgürlüğünün bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkına bir sınırlandırma getirdiği için yasallık ilkesi gereği ilgili Kanunda itirazın dava açmak için bir koşul olduğu açıkça yazmadığı takdirde söz konusu itirazın ihtiyari bir itiraz olduğu kabul edilmelidir.<sup>53</sup> Hak arama özgürlüğü bakımından özgürlük lehine yapılan bu yoruma göre, özel yasalarda belli bir sürede belli bir makama itiraz edilebileceğine ilişkin hükümler dava açmanın önünde öteleyici veya zorlaştıracı bir engel olarak yorumlanmamalı; aksine yurttaşlar açısından yargı-öncesi çözüm yöntemi, yani bir imkân olarak yorumlanmalıdır. Diğer yandan, itiraz yolunu gösteren bu tür hükümler İYUK 11. maddesinde düzenlenen ihtiyari başvurunun yetki ve usul bakımından özel hükümler getiren özel idari usul kuralları olarak görülmelidir.<sup>54</sup> 5233 sayılı Kanunda İYUK hükümlerine atıf yapılan tek hüküm “Dava açma süresi içinde yapılan başvuru, nihaî işlem sonucunun ilgiye tebliğine kadar genel hüküm-

<sup>53</sup> Öztürk de zorunlu idari itirazın hak arama özgürlüğünü sınırlamasından hareketle benzer bir yorumu yapmakta, ancak Danıştay’ın içtihadı karşısında doğrudan açık hüküm olmayan durumlarda kanunun genelinden çıkarsadığı bazı idari itirazları da zorunlu itiraz olarak incelemektedir. Bkz, Öztürk, Hak Arama..., s. 120.

<sup>54</sup> Bu tür itiraz düzenlemelerine bakıldığında bu yolların tipik üst makam ilişkisi bulunmayan teşkilatlarda yetki bakımından ya da daha tarafsız bir itiraz incelemesi amaçlandığında özel olarak düzenlendiği görülebilecektir. Örneğin 6306 sayılı Kanun’un 3. maddesinde Bakanlıkça veya İdarece yaptırılan riskli yapı tespitlerine karşı maliklerce veya kanuni temsilcilerince yapılan itirazın Bakanlığın talebi üzerine üniversitelerce, ilgili meslek disiplini öğretim üyeleri arasından görevlendirilecek dört ve Bakanlıkça, Bakanlıkta görevli üç kişinin iştiraki ile teşkil edilen teknik heyetler tarafından incelenip karara bağlanacağı düzenlenmiş, yani itirazı incelemeye yetkili makamın idarenin kendisi olmaması sağlanmıştır. Boğaziçi Kanunu’nun 10. maddesinde “Sahil Şeridi” ve “Öngörünüm” bölgeleri ile ilgili planlara itiraz düzenlenmiş ve belediye başkanının görüşü ile belediye meclisinin karar vereceği, yine başkan ve Boğaziçi İmar Yüksek koordinasyon kurulu kararıyla itirazın sonucunun kesinleşeceği düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu’nda 7. ve 8. maddelerde baroların levhaya yazılma taleplerini reddetmeleri halinde Türkiye Barolar Birliği’ne itiraz edecekleri düzenlenmiştir. Buna benzer örnekleri çoğaltmak mümkündür.

lere göre dava açma sürelerini durdurur” hükmünü içeren 6. maddesinin son fıkrasıdır ve hem ön karar, hem de idari itirazlar bakımından bu Kanun ile İYUK arasında genel-özel norm ilişkisine ilişkin bir hüküm yoktur. Benzer iki düzenleme Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda da vardır ve bu hükümler nedeniyle bu kurumlara yapılan başvuruların zorunlu olduğunu kabul etmek de mümkün değildir.<sup>55</sup> Bu nedenle, terörle bağlantılı olarak kurulan bir işlem nedeniyle zarar doğduğu takdirde genel hüküm niteliğinde olan İYUK 12. maddesi uyarınca doğrudan tam yargı davası açılması mümkündür. Ancak, zarar gören sulh yoluna başvurmak istediği takdirde dava açma süresi içinde 5233 sayılı Kanun uyarınca başvuru yapabilecektir.

Kanun kapsamında idari bir eylem söz konusu olduğunda da 5233 sayılı Kanun’un İYUK 13’de öngörülen başvuru yolunun uygulanmasını engelleyip engellemediği, yani, terörle bağlantılı bir zarar söz konusu ise mutlaka 5233 sayılı Kanun’un işletilmesinin zorunlu olup olmadığı değerlendirilmelidir. Kanunda 5233 sayılı Kanun ile İYUK arasında genel-özel kanun ilişkisine dair bir ifade bulunmadığı gibi iki kanunda düzenlenen işlem türleri arasında bazı farklar vardır. İYUK 13’te düzenlenen ön karar zorunluluğu bir idari işlem kurulmasına ilişkinken 5233 sayılı Kanun’da yer alan sulhname aşağıda değinileceği üzere iki taraflı bir özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir. Ayrıca, 5233 sayılı Kanun’un sadece belli türde maddi zararları içermesi, hatta bu Kanuna göre ödenebilecek maddi zararlarda da belli bir sınır getirilmiş olması İYUK 13 ile 5233 sayılı Kanun’a göre yapılacak başvurunun genel hüküm-özel hüküm niteliğinde olmasını engelleyecek niteliklerdir. Zaten genel hükümlere göre dava açılmayacağı kabulü İYUK 13’teki sürenin bir yıl olması karşısında 5233 sayılı Kanun’da belirlenen başvuru süresinin altmış gün olması nedeniyle hak arama özgürlüğünde önemli bir sınırlama anlamına gelecektir; bu tür bir sınırlamanın yorum yoluyla getirilmesi ise yasallık ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Buna karşılık, Danıştay’ın 5233 sayılı Kanun’un

<sup>55</sup> Çok benzer bir hüküm Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun 17/8 maddesine göre, “Dava açma süresi içinde yapılan başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur”. Benzer şekilde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun 17/3 maddesine göre, “Dava açma süresi içinde Kuruma yapılan başvurular işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur”.

uygulanabileceği bir durumda maddi zararlar için genel hükümlere göre dava açılmayacağı yönünde kararları vardır.<sup>56</sup> Benzer şekilde, bir idare mahkemesinin genel hükümlere göre açılan davalarda 5233 sayılı Kanun uyarınca husumetin valiliğe yöneltilmesi gerektiğine ilişkin karar verdiği anlaşılmaktadır.<sup>57</sup> Yine Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra genel hükümlere göre açılan davalarda 5233 sayılı Kanun'un varlığı karşısında sosyal risk ilkesine dayanılarak dava açılmayacağına ilişkin kararlar verilebilmiştir.<sup>58</sup> Oysa ne 5233 sayılı Kanunda ne de İdari Yargılama Usulü Kanununda bir sınırlandırma olmaması nedeniyle bu yol ihtiyari bir başvuru yolu olarak kabul edilmelidir.<sup>59</sup> Bu Kanun kapsamına girebilecek bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda genel hükümlere göre başvuru yapılması halinde 5233 sayılı Kanun'a göre yapılmış olduğunun varsayılması ve bu Kanundaki başvuru sürelerinin uygulanması mümkün değildir. Ancak başvurunun 5233 sayılı Kanun'da belirtilen altmış gün içinde yapılması halinde idarenin zımni ret süresi içerisinde sulh yolunu önermesinin önünde bir engel yoktur.

<sup>56</sup> Bir davada ilk derece mahkemesi İYUK 13 uyarınca yapılan bir başvurunun reddine ilişkin davada genel hükümlere göre tazminat ödenemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş; Danıştay ise bozma kararında "maddi tazminat istemine dair kısmının da genel hükümlere göre değil, 5233 sayılı Kanun hükümlerine göre incelenmesi ve karara bağlanması gerekmektedir" ifadelerine yer vermiştir. Oysa genel hükümlere göre yapılacak talepleri sınırlandıran herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. 15. Daire, E. 2012/5325, K. 2015/7807, 19.11.2015.

<sup>57</sup> 15. Daire, E. 2012/189, K. 2012/7048, 18.10.2012. Karardan kamu görevlisi polisin hayatını kaybetmesine ilişkin davada "genel hükümler uyarınca İçişleri Bakanlığı'na karşı açılan davada Diyarbakır 2. İdare Mahkemesi'nin 18.09.2007 tarih ve E:2005/443, K:2007/1068 sayılı kararı ile maddi tazminat istemi için Batman Valiliği'ne karşı, manevi tazminat istemi için genel hükümlere göre İçişleri Bakanlığı'na karşı ayrı ayrı dilekçelerle dava açılması gerektiği gerekçesiyle dilekçenin reddine karar verildiği" anlaşılmaktadır. Yani ilk derece mahkemesi uyuşmazlığın niteliğine göre 5233 sayılı kanunun doğrudan uygulanacağını varsaymıştır.

<sup>58</sup> 10. Daire, E. 2009/7423, K. 2009/9167, T. 26.10.2009.

<sup>59</sup> Bu noktada AİHM'in 5233 sayılı Kanundaki başvuruyu etkili bir iç hukuk yolu olarak tanımlamasının bu başvuru yolunun zorunlu olduğu anlamına gelmediğini de belirtmek gerekir. İçyer kararı öncesinde verilen ihlal kararlarında 285 sayılı KHK'nin dava açılmasına engel olan hükmü nedeniyle idari yargı etkili bir denetim yolu olarak görülmemişti. Bu karara dayanak olan ve 1990 yılında KHK'de yapılan değişiklikle 7.maddeye eklenen "Bu Kanun Hükümünde Kararname ile Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz" hükmü Anayasa Mahkemesi'nin 22.5.2003 tarihli ve E.2003/28, K.2003/42 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

Kanunun uygulanmasına ve genel hükümlerle ilişkisi açısından bir başka mesele de herhangi bir şekilde sulhname imzalanmaması durumunda ne tür bir dava açılması gerektiği sorunudur: Davacılar sulhname imzalanmamasına yönelik idari işleme karşı iptal davası açabileceği gibi, iptal talep etmeksizin tazminat talebiyle dava da açabilecektir. Bu mesele 5233 sayılı Kanun'un 1987 yılına kadar geriye yürütülmesi nedeniyle özellikle önem taşımıştır. 1992 yılında meydana gelen bir ölümle ilgili olarak 5233 sayılı Kanun'a göre yapılan bir başvuru ölüm olayının Kanun kapsamında bulunmadığı gerekçesiyle taleplerinin reddine karar verilmiş ve davacıların iptal talep etmeksizin tazminat davası açması üzerine idare mahkemesi, genel hükümlere göre dava açma süresi geçtiğinden davanın reddine karar vermiş; Danıştay ise davacıların 5233 sayılı Kanun'un uygulamasında iptal ya da doğrudan tam yargı davası yoluna başvurabileceklerine ve bu nedenle dava açma süresinin geçmediğine karar vermiştir.<sup>60</sup>

Özellikle devam eden zararlar açısından hak arama özgürlüğüne uygun yorum yapılması ve dava açma süresini kısıtlayıcı yorum yapılmaması gerekir. Kanunun geçmişe yönelik zararlar bakımından uygulanabilmesi için son başvuru tarihi 30.05.2008 olduğu için davanın süresi içinde açılmadığına ilişkin kararı bozan Danıştay şu sonuca varmıştır: “...davacılar tarafından 25.06.2012 tarihinde yapılan başvuru ile 1992 yılından başvurunun yapıldığı 2012 yılına kadar malvarlığına ulaşılamama nedeniyle meydana gelen zararların talep edildiği, dolayısıyla 30.05.2007 tarihinden başvurunun yapıldığı 25.06.2012 tarihine kadar malvarlığına ulaşamama nedeniyle meydana gelen zararlar için her hangi bir süre kısıtlaması bulunmadığından başvurunun süresinde olduğunun kabulü gerekmektedir.”<sup>61</sup>

### c. 5233 sayılı Kanunun Uygulanmasında Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk

Danıştay 5233 sayılı Kanun'u sosyal riskin “yasalaşmış hali” olarak nitelermekte ve sosyal riski de çoğu zaman illiyet bağı aranmayan özel bir kusursuz sorumluluk hali olarak değerlendirmekle birlikte, yukarıda da değinildiği üzere Kanunda sorumluluğun dayanağına ilişkin

<sup>60</sup> 10. DAİRE, E. 2006/4970, K. 2008/6644, 15.10.2008.

<sup>61</sup> 15. DAİRE, E. 2013/14215, K. 2014/3329, 30.4.2014.

herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Benzer şekilde Kanun metninde kusura ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemişken gerekçede sosyal risk ve kamu külfetlerinde eşitlik ilkesine de atf yapılmıştır. Keza, AYİM'in terörle bağlantılı zararlara ilişkin davalarda sosyal risk değil, kamu külfetlerinde eşitlik ilkesine dayanmasının bir nedeni de budur. Danıştay kararlarında Kanunun uygulanmasında çoğu zaman kusursuz sorumluluğun varsayıldığı ve hizmet kusuru durumunda uygulanamayacağı ya da zarara uğrayan kişinin göreviyle ilgili zarar gören kamu görevlisi olması durumunda 5233 sayılı Kanun'un uygulanamayacağı yönünde kararlar bulmak mümkünse de<sup>62</sup> Kanun'un lafzından bu tür bir yorum yapmak mümkün değildir. Kanunda sorumluluk dayanaklarını sınırlayan bir hüküm olmamasının yanı sıra idare hukuku alanında aslî ve öncelikli sorumluluğun kusurlu sorumluluk olduğu gözden kaçırılmamalıdır. İdare hukukunda kusursuz sorumluluk hali ancak hizmet kusuru bulunmayan hallerde gidilebilecek istisnai ve ikincil nitelikte bir sorumluluk türüdür. Danıştay'ın 5233 sayılı Kanun öncesi uygulamasında da ihmali yolla idarenin hizmet kusuru bulunan durumlarda terör olaylarıyla ilgili olarak kusurlu sorumluluğa gittiği kararlarına rastlamak mümkündür.<sup>63</sup> Diğer yandan Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenen idarelerin kusurlu kamu görevlisine rücu etme yükümlülüğü düşünüldüğünde bu tür bir yorum Anayasaya da aykırı olacaktır. Zaten Kanun'un 13. maddesine 2015 yılında 6638 sayılı Kanun'la eklenen üçüncü fıkraya göre; "Devlet, ödeme nedeniyle genel hükümlere göre sorumlulara rücu eder. Bu Kanun kapsamındaki rücu istemine ilişkin zamanaşımı süreleri bir kat artırılarak uygulanır."<sup>64</sup> Her ne kadar değişiklik yapan kanunun gerekçesinde terörden sorumlu kişilere rücu edilme gereği

<sup>62</sup> Genellikle bu tür davalarda 5233 sayılı Kanun hiç tartışılmadan doğrudan genel hükümlere göre karar verilmektedir. Örneğin Danıştay 10. Daire, E. 2012/5888, K. 2015/4956, 13.11.2015; Danıştay 10. Daire, E. 2003/3779, K. 2006/2510, 18.4.2006.

<sup>63</sup> Bunun en bariz örnekleri Uğur Mumcu suikasti ve Madimak otelinin yakılması olaylarında idarenin yeterli önlemleri almamasına ilişkin kararlarıdır. Bkz. dipnot 35.

<sup>64</sup> Aynı yönde hüküm 2004 yılında çıkarılan Terör Ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşlanması Hakkında Yönetmelik'in 26/3. Fıkrasında zaten vardı. Zamanaşımına ilişkin hüküm ise kanunda getirilen bir yeniliktir. Bu maddede bahsedilen Borçlar Kanunu'nun 73. maddesi şöyledir: "Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar."

belirtilmişse de<sup>65</sup> Kanunun sadece terör eylemleri değil, aynı zamanda terörle mücadele sırasında kolluk kuvvetleri tarafından kusurlu veya kusursuz olarak verilen zararları da içerdiği düşünüldüğünde hizmet kusuru bulunması durumunda kusurlu kamu görevlisine de kusuru oranında rücu edilmesi gerekeceği açıktır. Zaten Kanunda ya da yönetmelikte bu tür bir hüküm olmasa dahi Anayasa'nın 129/5 hükmü gereğince rücu mekanizmasının işletilmesi gerekecektir.

#### d. Terörle Bağlantılı Zararlarda Manevi Tazminat Talepleri

Terörle bağlantılı zararlarda kimi zaman maddi zarardan çok manevi zarar verilmektedir. Kanunun manevi tazminatı içermemesi ve terörden doğan zararlarda önemli manevi tazminatların da gündeme geldiği düşünüldüğünde bu Kanun'un uygulanması durumunda manevi tazminata ilişkin taleplerin nasıl dava edilebileceği konusu karmaşık bir hal almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin de Kanunla ilgili yapılan iptal başvurusu sonucunda verdiği ret kararında vurguladığı üzere kanunda sadece maddi tazminatın düzenlenmiş olması manevi tazminat konusunda bir sınırlama anlamına gelmemektedir. Anayasa Mahkemesinin deyişiyle, Kanun "idarenin sorumluluk alanını daraltan veya idari işlem veya eylemlere karşı yargı yolunu kapatan bir hüküm içermemektedir".<sup>66</sup> Bu nedenle manevi tazminata ilişkin taleplerin 5233 sayılı Kanun'a göre genel hüküm niteliğinde olan İYUK 12. Ve 13. maddesine göre yapılması gerekir.<sup>67</sup> Buna göre, bir yıl ve her halde eylemden itibaren beş yıl içerisinde zorunlu idari başvuru yolunun tüketilmesi ve bu başvurunun reddi sonucunda dava açma süresi sonunda dava açılması gerekmektedir. Bu bakımdan, 5233 sa-

<sup>65</sup> Kanun tasarısındaki ilgili maddenin gerekçesi şu şekildedir: "Son yıllarda meydana gelen ve terör örgütlerinin propagandasına dönüşen toplumsal olaylarda göstericiler, kamuya ve özel kişilere ait bina, araç ve mallara şuursuzca zarar vermeye, hatta yağma girişiminde bulunmaya başlamışlardır. Söz konusu zararlar Devlet tarafından karşılanmakta ve bu zararı verenlere Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde genel hükümlere göre rücu edilmektedir. Bu tür toplumsal olaylarda faillerin tespitindeki güçlükler nedeniyle rücu işlemlerinde meydana gelen gecikmelerin, bu işlemlerin zamanaşımına uğramasına meydan vermemesi bakımından madde ile 5233 sayılı Kanun kapsamındaki rücu istemine ilişkin zamanaşımı sürelerinin bir kat artırılarak uygulanması yönünde düzenleme yapılmıştır."

<sup>66</sup> AYM, E. 2006/79, K. 2009/97, 25.6.2009, RG: 13.11.2009-27405.

<sup>67</sup> Benzer görüş için bkz. Berkan Aydurun, "5233 Sayılı Kanun Kapsamında Manevi Zararların Tazmin Edilip Edilemeyeceği Sorunu", *TAAD*, Yıl:5, Sayı:19 (Ekim 2014), s. 676.

yılı Kanun'a göre başvuru yapılması durumunda aynı eylemden doğan maddi ve manevi zararlar bakımından farklı dayanakları olan ve başvuru süreleri de farklılaşan usuller bulunmaktadır. Oysa normal koşullarda tazminat hukukunun gereği bu iki talebin aynı dava kapsamında görülmesidir ve terörle bağlantılı zararlar da maddi ve manevi zarar birlikte istenebilmektedir.

Diğer yandan Danıştay, sosyal risk ilkesi uyarınca talep edilen maddi ve manevi tazminatlara ilişkin davalarda sosyal risk ilkesi uygulanamayacağı, 5233 sayılı Kanun'un uygulanması gerektiği gerekçesiyle bu kararları hem maddi, hem manevi tazminat bakımından bozmaktadır. Örneğin bir kararda Danıştay "5233 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana gelen terör eylemi sonucu oluşan zararın tazmini isteminden kaynaklanan uyuşmazlığın, 5233 sayılı Yasa kapsamında irdelenerek çözümlenmesi gerekirken, davacının uğradığı maddi ve manevi zararlarının sosyal risk ilkesi uyarınca ödenmesi gerektiği yolunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir" sonucuna varmıştır.<sup>68</sup> Oysa 5233 sayılı Kanunun zorunlu bir yol olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığı gibi manevi tazminat taleplerinin genel hükümlere göre değerlendirilmesi gerekir.

Danıştay bir dönem Kanunun maddi zararları kapsamının manevi zararları dayanaksız bıraktığı şeklinde yorum yapan kararlar da verebilmiştir. Bir davada ilk derece mahkemesi "maddi tazminat isteminin kısmen kabulü ile maddi tazminatın yasal faizi ile birlikte davacıya ödenmesine; fazlaya ilişkin maddi tazminat istemi ile yasal dayanağı bulunmayan manevi tazminat isteminin reddine" karar vermiş ve bu karar Danıştay tarafından onanmıştır.<sup>69</sup> Yine daha erken tarihli bir kararda da hem maddi hem manevi tazminat talepli bir dava Nakdi Tazminat Kanunu uyarınca maddi zarar için yapılan ödeme nedeniyle 5233 sayılı Kanun uyarınca yapılması gereken bir ödeme olmadığı gerekçesiyle reddedilmiş ve karar onanmıştır.<sup>70</sup> Bu kararlarda manevi tazminata yasal dayanak aranması ya da maddi tazminata gerek kalmadığı hallerde manevi tazminata ilişkin hiç inceleme yapılmaması Kanunun lafzına ve tazminat hukukunun genel ilkelerine de aykırı bir yorumdur.

<sup>68</sup> Danıştay 10. Daire, E. 2009/7423, K. 2009/9167, 26.10.2009.

<sup>69</sup> Danıştay 10. Daire, E. 2008/11212, K. 2009/5491, 2.6.2009.

<sup>70</sup> Danıştay 10. Daire, E. 2006/7212, K. 2008/9199, 23.12.2008.

Bir başka kararda 5233 sayılı Kanun uyarınca yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesi ölen kişinin yasadışı gösteriye katılması nedeniyle 5233 sayılı Kanun kapsamında bir zarar olmadığına karar vererek hem maddi tazminatı hem manevi tazminatı reddetmiş; Danıştay manevi tazminat kısmını onamış ve diğer yandan talebin 5233 sayılı Kanun kapsamında kaldığına karar vermiştir.<sup>71</sup> Oysa zararın 5233 sayılı Kanun kapsamına girdiğine ilişkin değerlendirme manevi tazminat talebi bakımından da yeniden değerlendirme yapılmasını gerektirecektir. Kararın karşı oyunda da manevi tazminat yönünden de bozma kararı verilmesi gereğine işaret edilmiştir.

Aynı davayla hem 5233 sayılı Kanun doğrultusunda maddi zararın tazmini için yapılan başvurunun reddedilmesinin iptalinin, hem de genel hükümlere göre manevi tazminat talep edilmesi durumunda davalarda mahkemelerin bu iki talebi ayrı ayrı değerlendirmesi gerekir. Söz konusu başvurunun sadece 5233 sayılı Kanun'a göre yapılan bir başvuru olarak yorumlanması ve bu nedenle manevi tazminat taleplerinin reddedilmesinin hukuka uygun kabul edilmesi mümkün değildir. Aksi bir yorum, maddi tazminata ilişkin 5233 sayılı Kanun'un manevi tazminatlara ilişkin İYUK 13. madde doğrultusunda manevi zararlar için başvuru yapma hakkını ortadan kaldırdığı gibi bir sonuçla götürecektir ki bu yorum Anayasaya kanunun lafzına ve Anayasa Mahkemesi'nin yorumlu ret kararı olarak nitelenebilecek kararına da açıkça aykırıdır. Kusurlu ya da kusursuz ve terörle bağlantılı bir eylem nedeniyle ortaya çıkan zararlarda manevi zararın da karşılanması gerekir. Buna karşılık, örneğin bir davada ilk derece mahkemesinin maddi tazminat istemi için ilgili Valiliğe, manevi tazminat istemi için genel hükümlere göre İçişleri Bakanlığı'na karşı ayrı ayrı dilekçelerle dava açılması gerektiği gerekçesiyle dilekçenin reddine karar verdiği ve bu nedenle davanın yenilendiği anlaşılmaktadır.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> Danıştay 15. Daire, E. 2011/9484, K. 2015/5598, 1.10.2015. Benzer kararlar için bkz. Danıştay 15. Daire, E. 2011/7480, K. 2011/460, 4.7.2011.

<sup>72</sup> Danıştay 15. Daire, E. 2012/189, K. 2012/7048, 18.10.2012. Danıştay söz konusu olayda kamu görevlisi görevi sırasında zarar gördüğü için illiyet bağı bulunduğuna ve zararın 5233 sayılı Kanun kapsamında olmadığına karar verdiğinden bu konu tartışılmamıştır.

Bu konu 5233 sayılı Kanun'un geçmişte oluşan maddi zararları da kapsamı nedeniyle de önem kazanmıştır. Genel hükümlere göre dava açma süresinin geçmesine karşın 5233 sayılı Kanun maddi zararlar bakımından bir istisna getirerek sulh imkânını 1987 yılına kadarki zararlara kadar götürmüştür. Yani, genel dava açma süresinin geçtiği durumlarda ancak Kanun uyarınca maddi zararlar istenebilecek, manevi zararlar bakımından ise İYUK 13'teki süreler geçtiğinden dava açılmayacaktır.<sup>73</sup>

Bir başka davada da Koşuyolu Parkı'ndaki patlamada oluşan maddi ve manevi zararların tazmini talebiyle yapılan başvuru sonucunda sulhnamenin kabul edilmemesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat davasının birlikte açıldığı, manevi tazminat istemi hakkında Mahkemenin, 2577 sayılı Yasanın 13. maddesi uyarınca dilekçenin İçişleri Bakanlığına tevdiine karar verdiği; bu suretle dilekçe kendisine intikal eden İçişleri Bakanlığınca başvurunun reddedilmesi üzerine manevi tazminat davasının ayrıca açıldığı anlaşılmaktadır. Danıştay'a göre "yapılacak araştırma sonucu, olayın meydana gelmesinde idarenin kusuru saptandığı takdirde, uyuşmazlığın 2577 sayılı Yasanın 13. maddesi uyarınca çözümlenmesi; idarenin herhangi bir kusuru bulunmadığının tespit edilmesi halinde ise, 5233 sayılı Yasa kapsamında yalnızca "maddi" zararlarının tazmini olanaklı olduğundan, manevi tazminat istemiyle açılan davanın reddine karar verilmesi zorunlu bulunmaktadır."<sup>74</sup> Oysa yukarıda da değinildiği gibi, 5233 sayılı Kanun ile İYUK 13. madde arasında kusur bakımından bir fark bulunmamaktadır; her iki yasal düzenleme de kusura ya da kusursuz sorum-

<sup>73</sup> İlk derece mahkemelerinden biri de bu yönde karar vererek "manevi tazminat istemine yönelik olarak, sadece maddi zararların 5233 sayılı Yasa kapsamında bulunması, buna karşılık Anayasanın 125. maddesi gereği idarenin her türlü eyleminden doğan zararı karşılama yükümlülüğü bulunması nedeniyle istemin 2577 sayılı Yasanın 13. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği"ne karar vermişse de süre aşımından reddetmiş; bu kısım Danıştay tarafından onanmıştır. Danıştay 10. Daire, E. 2008/5548, K. 2008/9733, 31.12.2008. Danıştay'ın 5233 sayılı yasayı manevi tazminatı engelleyen bir şekilde yorumladığının bir göstergesi de kanundan önce oluşan zararlarda manevi tazminat taleplerini haklı görmesi ve bunu vurgulamasıdır: "Terör eylemi nedeniyle işyeri zarar gören davacı şirkete, olay ve idareye başvuru tarihinin 5233 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önceki bir tarih olduğu da dikkate alınarak sosyal risk ilkesi uyarınca manevi tazminat ödenmesi gerektiği..." (Danıştay 10. DAİRE, E. 2010/1399, K. 2014/3366, 26.5.2014.)

<sup>74</sup> Danıştay 10. Daire, E. 2010/749, K. 2010/5192, 4.6.2010.

luluğa ilişkin bir ifade içermemektedir. Danıştay'ın bu yorumu 5233 sayılı Kanun'un sosyal risk ilkesiyle sınırlı bir tazminat türü olduğu ve sadece kusursuz sorumluluk olan durumlarda uygulanabileceği gibi bir varsayımı içermekte; hatta kusursuz sorumluluk durumunda manevi tazminata hükmedilemeyeceği gibi bir sonuca varmaktadır.

2014 yılında konu bir mahkemenin ısrar kararı sonucu İdari Dava Daireleri'nin önüne de gitmiştir. Terör olayı nedeniyle manevi tazminat isteminin kısmen kabulü ile manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte davacılara ödenmesine ilişkin kararın temyiz incelemesi sonucunda 15. Daire *"olayda davalı idareye yüklenebilecek kusurlu ve kusursuz sorumluluk halleri bulunmadığından, uyuşmazlığın 5233 sayılı Kanun kapsamında çözümlenmesinin zorunlu olduğu, 5233 sayılı Kanun'un, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler sonucu uğranılan maddi zararların tazminini öngörmesine karşın, manevi zararların tazminini kapsamaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, genel hükümlere ( sosyal risk ilkesine ) göre davanın kısmen kabul edilmesinde hukuki isabet görülmediği"* sonucuna vararak kararı bozmuş; İdare Mahkemesi ise ilk kararında ısrar etmiştir. Bunun üzerine İDDGK ısrar kararının onanmasına karar vermiştir. Kurula göre, *"hali hazırda terör olayları nedeniyle uğranılan manevi zararların Anayasaya dayalı olarak sosyal risk ilkesi uyarınca tazmini olanaklı iken, yasama organınca, özellikle yaşam hakkı başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına yol açar nitelikte ve manevi tazminat ödenmesini engellemek amacıyla yönelik böyle bir yasanın yürürlüğe konulduğu söylenemez... idare hukuku kuralları çerçevesinde Anayasaya dayalı olarak geliştirilen bir ilke uyarınca manevi zararların karşılanma olanağının içeriği itibariyle engelleyici bir hüküm taşımayan yasa ile ortadan kaldırıldığından bahsedilmesi olanaksızdır."*<sup>75</sup>

Bu karara karşılık, Danıştay 15. Daire Ekim 2015'te birbirine zıt iki karar verebilmiştir: 15 Ekim tarihinde verdiği kararda İDDGK kararını birebir kullanarak 5233 sayılı Kanunda manevi zararlara ilişkin hüküm bulunmaması nedeniyle manevi tazminat talebinin reddedilmesinde *"hukuki isabet"* bulmamış ve genel hükümlere göre manevi tazminata hükmedilebileceğine karar vermişken<sup>76</sup>; aynı Daire bir hafta sonra verdiği kararda 5233 sayılı Kanunun manevi tazminatı içermemesi nedeniyle manevi tazminat talebinin reddedilmesine ilişkin

<sup>75</sup> İDDGK, E. 2013/4602, K. 2014/1220, 26.3.2014.

<sup>76</sup> Danıştay 15. Daire, E. 2011/16575, K. 2015/6073, 15.10.2015.

ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.<sup>77</sup> Aynı Daire Kasım ayında içtihadını yine değiştirerek İDDGK kararındaki gerekçeyi yine birebir kullanmış ve genel hükümlere göre manevi tazminat davası açılabileceğine karar vermiş; daha sonraki bazı kararlarında da manevi tazminat taleplerinin kabul edildiği davalarda onama kararı vermiştir.<sup>78</sup> İDDK 2016'da verdiği yakın tarihli bir kararında da 5233 sayılı Kanun'un manevi tazminatı içermemesinin genel hükümlere göre manevi tazminat istenmesini engellemediği yönünde karar vererek bir ısrar kararını onamıştır.<sup>79</sup> Danıştay'ın geldiği noktada Anayasaya ve Anayasa Mahkemesi'nin de yorumuna uygun olacak şekilde 5233 sayılı Kanun'u manevi tazminat bakımından engelleyici bir hüküm olarak görmediği anlaşılmaktadır. Zarar görenlerin 5233 sayılı Kanun'a başvurmadan doğrudan İYUK 13. madde uyarınca manevi zararlarını talep etmeleri de mümkündür. Ancak sulh yoluna başvurulması halinde aynı olaydan doğan maddi ve manevi tazminat taleplerinin hem başvurunun yapılacağı makamın, hem idari başvuru sürelerinin farklı olması belli sorunlara yol açabilecektir. 5233 sayılı Kanun'a göre 60 gün içinde Valiliğe başvurmak gerekecekken İYUK 13. madde uyarınca zararın öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde İçişleri Bakanlığı'na başvurulabilecektir. Böyle bir durumun tercih edilmesi durumunda dava açma süreleri geçmemek koşuluyla iki dava iki davalı da hasım gösterilerek bir arada açılacak ya da dava açma süresinin daha uzun olması nedeniyle manevi tazminat davasının sonra açılması halinde iki davanın birleştirilmesi istenebilecektir.

<sup>77</sup> Danıştay 15. Daire, E. 2011/7219, K. 2015/6413, 22.10.2015. Karara muhalif kalan üye ise manevi tazminat yönünden karşı oy yazmış ve AİHM'in Aydın İçyer kararına da atıf yaptıktan sonra şu gerekçeye yer vermiştir: "Anayasa Mahkemesi'nce verilen 25.06.2009 tarih ve E:2006/79, K:2009/97 sayılı karar gerekçeleri değerlendirildiğinde, davacıların 5233 sayılı Kanununun 12. maddesi uyarınca başvuracağı yargı yolunda manevi tazminat talep edebilecekleri açıktır."

<sup>78</sup> Danıştay 15. Daire, E. 2015/8734, K. 2015/9227, 24.12.2015. Bu karara muhalif üye ise zararın 5233 sayılı yasayla ilgili olması nedeniyle manevi tazminatın ödenemeyeceğini gerekçe göstermiştir. Aynı yönde karar ve karşı oy içeren bir başka karar için bkz. 15. Daire, E. 2015/9499, K. 2015/9086, 23.12.2015; 15. Daire, E. 2012/8455, K. 2015/8287, 1.12.2015.

<sup>79</sup> İDDK, E. 2015/2933, K. 2016/326, 18.02.2016. Karara karşı oy yazan üye ise kanunun hazırlanma sürecindeki komisyon raporları ve kanunun görüşmelerinde manevi tazminatın içerilmemesi ve Anayasa Mahkemesinin kanunun manevi tazminatı kapsamamasına ilişkin hükmü iptal etmemesi karşısında - Anayasanın sorumluluğa ilişkin hükümleri ve Anayasa Mahkemesi kararının alıntılanan açık gerekçesine rağmen- manevi tazminat istenemeyeceği sonucuna varabilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de konuyla ilgili bireysel başvurularda manevi tazminat isteminin 5233 sayılı Kanun dayanak gösterilerek reddediği davalarda “başvurucunun manevi tazminatı hak edip etmediğinin tartışılması gerekirken 5233 sayılı Kanun’da manevi zararların karşılanmasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlal” edildiğine karar vermiştir.<sup>80</sup>

### e. Sulhnamenin Hukuki Niteliği

Özel hukukta bir alacakla ilgili uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümlenmesinin nitelenmesi daha kolay olmasına karşılık idare hukuku alanında sulh yolunun bir tarafının idare olması işlemin niteliği sorununu da beraberinde getirmektedir. Özel hukuk alanında sulh hem yargı-öncesi bir kurum, hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki düzenleme nedeniyle dava sırasında da başvurulabilecek bir yoldur.<sup>81</sup> Mahkemede ya da mahkeme dışında yapılabilen sulh “iki tarafın aralarında var olan uyuşmazlığı karşılıklı fedakârlıkları ile tarafların kendi sorunlarını kendilerinin çözmeleri esasına dayanan bir uzlaşma” olarak tanımlanmakta ve bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir.<sup>82</sup> Sulhu feragat ve kabulden ayıran nitelik, tek taraflı değil, iki taraflı olması ve karşılıklı fedakârlığı içermesidir ve bu nedenle sözleşme olarak nitelenmektedir. Adli yargıdan farklı olarak İYUK’ta sulhe ilişkin bir hüküm olmaması nedeniyle idari yargının alanına giren uyuşmazlıklarda sulh, yargı öncesi uyuşmazlık çözümü yöntemi olabilecektir. İdari yargıda tarafların uzlaşması ancak kısmi feragat, kısmi kabul olarak nitelenebilecektir.<sup>83</sup> Ancak tam yargı davasının iptal davası ile birlikte açılması durumunda feragata ilişkin sınırlandırıcı içtihat<sup>84</sup>

<sup>80</sup> Abbas Emre Başvurusu, 2014/5005, 6.1.2016, R.G. 11/3/2016-29650, par. 84.

<sup>81</sup> HMK’nın 313. maddesine göre sulh, “görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir. (2) Sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir. (3) Dava konusunun dışında kalan hususlar da sulhun kapsamına dâhil edilebilir. (4) Sulh, şarta bağlı olarak da yapılabilir”. Bu tür sulhu diğerlerinden ayıran, ilam niteliğinde olmasıdır.

<sup>82</sup> Aynur Cidecigiller, İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, s. 124.

<sup>83</sup> Cidecigiller, İdarenin..., s. 146.

<sup>84</sup> İYUK 31. maddede HMK’ya yapılan atf nedeniyle uygulanan feragat konusunda

karşısında idari işlemlerden kaynaklanan zararlar da dava açıldıktan sonra sulhun gerçekleşmemesi de mümkündür. Buna karşılık, terörle bağlantılı zararlar söz konusu olduğunda 5233 sayılı Kanun'a göre sulhün gerçekleşmemesi durumunda dava açıldıktan sonra 659 sayılı KHK hükümleri uyarınca kısmi feragat, kısmi kabul biçiminde sulh yapılması mümkündür.

İdare hukukunda sulh özel yasaların dışında genel ve özel bütçeli idareler bakımından genel bir usul olarak 659 sayılı KHK<sup>85</sup> ile hem adli uyuşmazlıklar, hem idari uyuşmazlıklar açısından mümkün hale gelmiştir<sup>86</sup> ve idari uyuşmazlıklar bakımından sulh başvurusunun İYUK 13'te düzenlenen başvurunun yerine geçeceği düzenlenmiştir. 659 sayılı KHK'nin idari uyuşmazlıklara ilişkin 12. maddesi uyarınca idari işlemler nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia edenlerin dava açma süresi içinde yapacağı başvurular ile idari eylemlerden doğan zararlar için İYUK 13. madde uyarınca yapılan başvurular işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur ve altmış gün içinde sonuçlandırılması zorunlu olan sulh başvurusu sonuçlanmadan dava açılmaz. Başvuruları değerlendirecek olan hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonunun hazırlayacağı rapor karar vermeye yetkili mercilere sunulur; yetkili mercilerin kabulü halinde başvuru sahibine, sulh tutanağının imzalanması için en az on beş günlük süre verilir. Başvuru

---

Danıştay iptal davasının objektif niteliği nedeniyle idari yargıya özgü yorum yapmak gerektiğine ve iptal kararından sonra temyiz aşamasında feragatin mümkün olmadığına karar vermiştir. Bu konuda bkz. Münci Çakmak, "İdari Yargıda Davadan Feragat", *AÜHFD*, 2004, C. 53, S. 1, s. 185-194.

<sup>85</sup> Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, RG: 2.11.2011/28103. Ancak bu kararnameden önce daha kısıtlı bir düzenleme olmakla birlikte 1943 yılında kabul edilen 4353 sayılı Maliye Vekâleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanununun 30 ve 31. maddelerinde Danıştay'ın görüşü alınmak koşuluyla sulh yolunun mümkün olduğu belirtilmiştir. Buna göre, davaya intikal etsin veya etmesin genel bütçeye ilişkin ve miktarı 50 milyon liraya kadar olan uyuşmazlıklar hakkında Maliye Bakanı, bu miktarı aşarlarda ise Danıştay'ın da onayı gereklidir. Bu hüküm 659 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bunun dışında, Belediyeler Kanununun 15/k bendinde de belediyelerin vergi ve benzeri alacakları dışındaki uyuşmazlıklarında anlaşma yoluyla çözüm mümkün kılınmıştır.

<sup>86</sup> Çalışma kapsamı dışında kaldığından 659 sayılı KHK'da düzenlenen ve adli uyuşmazlıklarda uygulanan sulh yolu incelenmemiştir.

sahibi bu süre içerisinde kabul etmediği takdirde reddetmiş sayılır. Tarafların sulh olmaları halinde imzalanan tutanak ilam hükmündedir.

2011 yılında bu genel düzenlemenin kabul edilmesiyle birlikte ortaya çıkan önemli bir soru 5233 sayılı Kanun ile 659 sayılı KHK'deki düzenlemeler arasında nasıl bir ilişki olduğudur. Öncelikle 659 sayılı KHK'deki sulh hükümleri ile 5233 sayılı Kanun hükümleri ile çatışmalı ya da birbirini ilga edecek nitelikte olmadığını belirtmek gerekir. Buna karşılık, 659 sayılı KHK genel anlamda idare ile zarar görenler arasında hak ihlalinin doğan uyuşmazlıkları içerdiğinden genel kanun niteliğindedir. 5233 sayılı Kanun terörle bağlantılı zararlara özgülenmiştir ve bu bakımdan konu bakımından özel kanun niteliğindedir. Bununla birlikte, 5233 sayılı Kanun 659 sayılı KHK ve yine genel hüküm niteliğinde olan İYUK 13'e kıyasla daha ayrıntılı düzenlemeleri içerdiğinden genel kanunların uygulanmasını gerektirecek bir durum oluşmamaktadır.<sup>87</sup>

5233 sayılı Kanun uyarınca yapılan başvurunun reddi durumunda ret kararı tek taraflı bir idari işlem niteliğinde olduğu için bu ret kararına karşı idari yargıda iptal davası açılmaktadır ve bu noktada Danıştay ya da Yargıtay kararlarında bir ihtilaf yoktur. Bu işlem İYUK 13'te yer alan başvurunun reddi ile aynı niteliğe sahiptir. Buna karşılık, sulhnamenin imzalanması durumunda artık tek taraflı bir işlem değil, sözleşmeden bahsetmek gerekir. İlk bakışta ret kararı bir idari işlem kimliğine sahip olduğuna göre bu işlemin de isteğe bağlı tek taraflı bir idari işlem olup olmayacağı düşünülecekse de işlemin kamu gücüne ilişkin bir unsur içermemesi ve işlemin konusunun tarafların bir tazminat alacağı konusunda anlaşmalarından ibaret olması ve bu işlemin kurulabilmesi için başvuru sahibinin kabulüne ihtiyaç olması karşısında işlemin bir özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekir. Buna bağlı olarak da bu sözleşmenin geçerliliği konusunda özel hukuk kural ve ilkelerinin uygulanması, sulhnamenin geçersizliğe ilişkin bir iddia olması durumunda adli yargıda dava açılması gerekir.

<sup>87</sup> 659 sayılı KHK'da olup 5233 sayılı Kanun'da olmayan tek konu sulhnamenin ilam hükmünde olduğuna ilişkin düzenlemedir. Özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel kanun uygulanabilecektir, ancak 5233 sayılı Kanun'da sulhnamenin ilam hükmünde olduğunun belirtilmemiş olması hüküm bulunmayan bir halden öte farklı iki hukuki sonuca sahip iki ayrı sulhnamenin düzenlendiğini gösterir.

Zarar gören kişinin bu tür bir iddiasını içeren bir uyuşmazlığa rastlanmamışsa da idarenin ödeme yapmaktan vazgeçtiği davalar bulunmaktadır. İdarenin ödeme yapmaktan vazgeçmesi üzerine açılan bir icra takibine karşı itirazın iptali davasında ilk derece mahkemesi görevsizlik kararı vermişken Yargıtay sulhnameyi özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmiş ve adli yargının görev alanına girdiğine karar vermiştir.<sup>88</sup> Buna karşılık, olayda idarenin sulhnamenin geri alınmasına yönelik bir işleminden bahsedildiği için uyuşmazlık özgün bir niteliğe sahiptir.<sup>89</sup> Bu noktada şu sorunun sorulması gerekmektedir: Sulh sözleşmesi imzalandıktan sonra idarenin bu sözleşmeyi imzalama iradesini geri alması mümkün müdür? Kanımızca söz konusu olan bir özel hukuk sözleşmesi olduğuna göre bu noktada idarenin bu işleminin de özel hukuk hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekir. Sulhnamede açıkça fesih yetkisinden bahsedilmediği takdirde sözleşmeden dönme ya da iradenin sakatlanmasına yol açan bir durum (örneğin hata ya da hile) söz konusu ise sözleşmenin iptal edilebilirliğinden bahsetmek gerekir. İdarenin bir zararın tazminiyle ilgili olarak imzaladığı sözleşmede kamu gücünden bahsedilemeyeceğinden bu sözleşmede idari sözleşmelerde olduğu gibi bir fesih yetkisinden bahsedilemeyecektir.

Sulhnamenin parasal sonuçları olması ve bir tazminat alacağının tahsilinin gündeme gelmesi nedeniyle bu sulhnameye bağlı bir diğer sonuç da bu alacağın ne zaman muaccel olacağı, hangi durumlarda temerrütten bahsedilebileceği ve bu alacağa faizin nasıl işletilebileceğidir. Buna ilişkin hem Danıştay, hem Yargıtay'ın önüne gelen davalar mevcuttur.

Konuyla ilgili bir kararda idare mahkemesi 5233 sayılı Kanun'dan doğan bir alacak bakımından faiz ödeneceğine ilişkin açık bir yasa maddesi olmadığından hareketle faiz istenemeyeceğine karar vermişken Danıştay ilk derece mahkemesi kararını bozarken gerekçesinde

<sup>88</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2012/39, K. 2012/7900, 23.3.2012. Yargıtay bir başka davada da sulhnamenin bir başka kişiye temlik edilmesi üzerine temlik alan kişinin açtığı davada da sulhnamenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu kabul ederek bu davada idari yargının görevli olmadığına karar vermiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2013/9838, K. 2013/17651, 26.6.2013.

<sup>89</sup> Yargıtay'ın bir kararından idari yargıda bu tür davalar olduğu anlaşılmaktadır. 13. Hukuk Dairesi E. 2015/29920 K. 2015/33652 19.11.2015 (Kararda Danıştay'ın bir Dairesinin E. 2013/14218, K. 2014/4477 sayılı kararına atıf yapılmıştır, ancak bu yönde yayımlanan bir karara rastlanmamıştır.)

davacının söz konusu meblağın faiz gelirinden mahrum bırakılmasının idarenin geç ödeme yapmak suretiyle hizmet kusuru niteliğinde olduğundan bu zararın davalı idarenin işleminden doğduğu ve tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Faiz konusundaki bir başka tartışma da faizin hangi tarihten itibaren işleyeceğine ilişkindir. Danıştay'ın önüne gelen davada ilk derece mahkemesi İYUK 13. maddede başvurularındaki içtihadı uygun biçimde idareye başvuru tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesine karar vermişse de Danıştay 5233 sayılı Yasa'nın özel bir usul olması, 1987 yılına kadar geçmişe yürütülmesi ve bu uyumsuzlukların çözülmesi için uzun bir süre öngörülmesini dikkate alınarak faiz bakımından idareye başvuru tarihinin değil; sulhname tasarısının kabul edilmediği veya kabul edilmemiş sayıldığı tarihin esas alınması gerektiğine karar vermiştir.<sup>90</sup> Ancak Danıştay'ın daha sonraki tarihlerde verdiği ve eski kararından farklı olarak başvuru tarihinden itibaren tazminat ödenmesine ilişkin kararları onadığı kararlar da mevcuttur.<sup>91</sup>

Sulhnamenin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğundan hareketle sulhnamede belirtilen meblağın geç ödenmesi nedeniyle sadece faiz taleplerine ilişkin olarak adli yargıda açılmış davalar da bulunmaktadır.<sup>92</sup> Yargıtay konuyla ilgili bir kararında 5233 sayılı Kanun'un 13. maddesine dayanarak, sulhnamenin imzalanmasından sonra valinin onayı üzerine Bakanlık bütçesine bu amaçla konulan ödenekten üç ay içerisinde karşılanacağı ve bu sürenin sonunda alacağın muaccel hale geleceğini belirtmiştir. Bu kapsamda idarenin temerrüde düşmesi için Borçlar Kanunu uyarınca temerrüt ihtarı yapılması gerekmektedir.<sup>93</sup> Yargıtay bir başka kararda ise "davacı taraf sulhname gereği kendisine ödenen parayı alırken faiz talebine yönelik ihtirazi kayıt koymamış, ödeme öncesinde de faize yönelik bir talep ileri sürmemiştir. Bu

<sup>90</sup> 10. Daire, E. 2008/11150, K. 2009/5084, 27.5.2009; benzer yönde bir karar 10. Daire, E. 2008/4286, K. 2008/9585, 30.12.2008.

<sup>91</sup> 15. Daire, E. 2012/2423 K. 2013/2394 T. 28.3.2013; İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2013/4602, K. 2014/1220, 26.3.2014.

<sup>92</sup> Bu noktada bu durumun bir görev uyumsuzluğuna konu olmadığını, adli ve idari yargıda açılan iki dava türünün farklı olduğunu belirtmek gerekir. İdari yargıdaki kararlar tazminatın faiziyle ödenmesine ilişkin kararlar iken adli yargıda açılanlar uzlaşılabilir bir tazminat alacağının sadece faizine ilişkin uyumsuzluklardır.

<sup>93</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2014/47620, K. 2015/4444, 16.2.2015. Aynı yönde 13. Hukuk Dairesi, E. 2013/16806, K. 2013/16493, 17.6.2013; 13. Hukuk Dairesi, E. 2012/10000, K. 2012/17329, 4.7.2012.

durumda; asıl borcun ödendiği tarihte davacının faiz talep hakkı da sona erdiği halde geç ödemedi dolayısı faiz hesaplanarak davalı idare aleyhine icra takibi başlatılmasının yasal dayanağı bulunmamaktadır” sonucuna varmıştır.<sup>94</sup>

Sulhnamenin ya hep ya hiç niteliği ve belli bir miktarın üstünde tazminatı içermemesi ve bu sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olması karşısında zarar görenlerin bu sulhnameyi imzalamaması durumunda Danıştay’ın sulhname miktarı üzerinden yargılama gideri, avukatlık ücreti ve yasal faize hükmedilemeyeceğine karar vermesi son derece isabetsizdir.<sup>95</sup> Danıştay gerekçesinde davacılar tarafından kabul edilmeyen tazminat miktarı yönünden uyuşmazlığın çıkmasına davacıların sebep olması nedeniyle bu tutar yönünden yargılama gideri, avukatlık ücreti ve yasal faize ilişkin kısmın bozulmasına karar vermiştir. Oysa 5233 sayılı Kanun’un sulhnamenin kabulü halinde dava açma hakkının ortadan kalktığına ilişkin içtihatla birlikte ele alındığında sulhnamede belirlenen miktarın talepten az olması halinde bu miktarı kabul etmemeleri kişilerin hak arama özgürlüğünü sınırlandırıcı bir yorumdur. Danıştay’ın bu miktar bakımından “uyuşmazlığın çıkmasına davacıların sebep olması” biçimindeki gerekçesi de uyuşmazlığın ve sulhnamenin ya hep, ya hiç biçiminde oluşu karşısında kabul edilebilecek nitelikte değildir. Genel hükümlere göre dava açan bir kişi bakımından bu tür bir sınırlandırma olmazken sulh yolunu denemenin bu tür bir olumsuz sonucu olması kanunun uygulanması bakımından caydırıcı bir yorumdur ve yargı-öncesi alternatif uyuşmazlık çözme yolunu işlevsizleştirebilecektir.

#### **f. Sulhnamenin Dava Açmaya Engel Olup Olmadığı Sorunu**

Sulhnamenin temel amacı, dava açılmasından önce uyuşmazlığın çözümlenmesidir. Genel anlamda sulhname imzalanması tarafların uyuşmazlığı karşılıklı irade ile sonuçlandırması anlamına gelir. İdarenin taraf olduğu idari uyuşmazlıklar bakımından da 659 sayılı KHK’nin 12. maddesinde “Sulh olunan konu ya da miktara ilişkin olarak dava yoluna başvurulamaz” hükmüne yer verilmiştir ve aynı zamanda sul-

<sup>94</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2014/13540, K. 2015/13395, 23.11.2015.

<sup>95</sup> 10. Daire, E. 2009/5172, K. 2009/11183, 29.12.2009; benzer karar 15. Daire, E. 2011/10415, K. 2012/10747, 15.11.2012.

hün ilam hükmünde olduğu belirtilmiştir. Buna karşılık, 5233 sayılı Kanun'unun 12. maddesi doğrudan yasak biçiminde düzenlemek yerine dava açma hakkı korunan alanı belirlemiştir. Buna göre, "Sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır". 12. maddenin gerekçesinde ise; "... Hukukumuzda feragat, kabul ve sulh gibi işlemler, görülmekte olan davaları sona erdiren işlemlerdir. Sulh işlemi, dava öncesi yapılmışsa dava açılmasını engelleyici özelliktedir. Sulh işlemine rağmen dava açılırsa bu durum itiraz olarak ileri sürülebilir ve dava ortadan kaldırılır. Böylece dostane bir çözüm şekli olan sulh, bağlayıcı niteliktedir" ifadelerine yer verilmiştir. Gerçekten de sulhnamenin imzalanıp uygulanması durumunda taraflar imzaladıkları konuya ilişkin uyuşmazlığı çözmüş olmaktadır. Ancak bu noktada Kanunun sulhnamenin konusunu sadece maddi zararlarla sınırlaması nedeniyle sulhnamenin manevi zararların talep edilmesinin önünde bir engel olmadığını belirtmek gerekir. Diğer yandan 5233 sayılı Kanun'a göre ödenebilecek tazminat miktarının sınırlı tutulması bu Kanuna göre imzalanabilecek sulhnamenin niteliğini hukuk sistemindeki diğer sulh yollarından farklılaştırmaktadır.

Maddi zararlar bakımından maddede yer alan ve dava yolu açık tutulan "sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlık" teriminin anlamı dava açma hakkının kapsamı bakımından önem taşır. Bu soru özellikle uyuşmazlığın kısmî olarak çözümlenmesi ihtimalinde daha önemli hale gelmektedir. Maddenin doğrudan bir yasak/sınırlama içerecek biçimde kaleme alınmamış olması hak arama özgürlüğünün yasayla açıkça sınırlanması gereği karşısında eleştiriye açıktır. Kanunda bu sulhnamenin ilam niteliğinde olduğuna ilişkin bir ibare bulunmaması da sorunludur. Bununla birlikte, belli bir maddi zarar belirtilerek sulhname imzalanması halinde bu sulhnamenin o uyuşmazlığı sona erdirecek bir irade açıklaması olduğunun kabulü gerekir. Ancak birden fazla zarar kalemi varsa, örneğin hem yaralanma, hem malvarlığına erişememe biçiminde iki ayrı zarar varsa biriyle ilgili bir sulhname yapılması diğer zararlar bakımından dava açılmasını engellemeyecektir. Yine devam eden veya sulhname imzalandığında öngörülmesi mümkün olmayan zararlar bakımından da dava açma hakkı kullanılabilir. Ayrıca, bir özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan sulhnamenin iptal edilebilirliği ya da geçersizliğine ilişkin bir iddia bulunması halinde tarafların sulhnamenin kendisine karşı adli yargıda dava açma hakkı olduğunu da belirtmek gerekir.

Danıştay da sulhname imzalanan durumlarda açılan davaları reddetmektedir. Örneğin bir davada davacı imzalanan sulhnamenin maliki olduğu taşınırlara verilen zarar ile köydeki evini kullanamamasından kaynaklı zararı kapsamadığı, evini terör olayları nedeniyle terk ettiği, taşınırlarına zarar verildiği, bu kısımlar üzerinden sulhnamenin imzalanmadığı ileri sürerek dava açmasına karşılık ilk derece mahkemesi davayı reddetmiş ve karar Danıştay tarafından onanmıştır.<sup>96</sup>

Danıştay başka bir kararında sulhnamede reddedilen kısmın ayrı bir zarar kalemi olması durumunda bu kısım bakımından dava açılabilirliğine karar verilmiştir. Davada başvuruda yer alan zarar kalemlerinden bir kısmı ödenmişse de kişinin malvarlığına ulaşamaması nedeniyle uğradığı zarara ilişkin istemi reddedilmiştir. Karara göre, “düzenlenen sulhnamelerin, komisyonca kabul edilen zarar miktarı ve kalemiyle sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, başvuranın zararını kalemler halinde ayırarak talep etmesi ve bu talebin kısmen kabulü halinde, sulhnamenin de yalnızca komisyonca karşılanmasına karar verilen kalemleri içermesi, açıkça veya zımnen reddedilen kalemleri kapsamaması nedeniyle sulhname kapsamı dışında tutulan zarar kalemleri için ilgilinin dava açma hakkının saklı bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır”.<sup>97</sup>

Tazminat alındıktan sonra da zararın sürmesi ya da artması mümkün olduğundan bu artan kısım için sonradan dava açılabilmesi gerekir. Doğrudan bu tür bir örneğe rastlamak mümkün olmamışsa da benzer bir durum AİHM’de dostane çözümle sonuçlanan bir köyü terk olayında yaşanmıştır. Danıştay, dostane çözüm tarihi 2001 olmasına karşılık köye dönüşlerin ancak 2003 yılında olması nedeniyle aradaki döneme ilişkin taleplerin 5233 sayılı Kanun kapsamında tazmininin gerektiğine karar vermiştir.<sup>98</sup>

### g. Başvurularda ve Davalarda İspat Sorunu

5233 sayılı Kanun’un 6. maddesine göre zarar tespit komisyonu “kamu kurum ve kuruluşlarından başvuru konusu ile ilgili her türlü bilgi ve yardımı isteyebileceği gibi, kamu kurum ve kuruluşlarında ça-

<sup>96</sup> 15. Daire, E. 2011/9952, K. 2011/628, 6.7.2011.

<sup>97</sup> 10. Daire, E. 2008/4141, K. 2008/9584, 30.12.2008.

<sup>98</sup> 15. Daire, E. 2011/2234, K. 2011/251, 15.6.2011.

lışanları bilirkişi olarak da görevlendirebilir". Aynı maddede Komisyonun keşif yapabileceği de düzenlenmiştir. Bu bakımdan, sulhnamenin bir tarafında yer alan idare tıpkı mahkeme gibi inceleme yapma yetkileriyle donatılmıştır.

Kusursuz sorumluluğun ortaya çıkmasındaki etken bir yandan adalet ve sosyal devlet ilkesine ilişkin kaygılarken diğer yandan belli faaliyetlerde idarenin konumu nedeniyle davacıların kusuru ispatlaması çok güç olması da bir diğer etkidir. Kamu görevlilerinin kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olması ve bir iddianın soruşturulması konusunda yetkinin ve araçların yine idarenin elinde olması zarar gören kişilerin zararının ispat sorunu nedeniyle tazmin edilememesine yol açabilecektir. Özellikle kolluk faaliyetleri nedeniyle verilen zararlarda ispat araçlarına erişmek son derece güçtür. Bu konuda Danıştay bir kararında AİHM'in Türkiye'yle ilgili verdiği çok sayıda ihlal kararına da işaret ederek etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin illiyet bağı bakımından bir karineye yol açacağına karar vermiştir. Olayda sorgu sırasında hayatını kaybeden kişinin ölümüne ilişkin davada ilk derece mahkemesi "ölüm olayının terör ve terörle mücadele sırasında meydana geldiğine yönelik dava dosyasında herhangi bir bilgi ve belge bulunmadığından" hareketle davanın reddine karar vermiştir. Danıştay ise bu ölümün etkili biçimde soruşturulmadığını vurgulamıştır: "...sorumlu olanların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlayacak kapsamlı ve etkili bir soruşturma yapılmaması (ölüm olayının neden kaynaklandığının davalı idarece açıklığa kavuşturulmaması) yaşam hakkını koruma yükümlülüğü ve hukuka bağlı devlet ilkesiyle bağdaşmamaktadır.(...) davacıların mirasbırakanının ölümüne yönelik davalı idarece herhangi bir soruşturma ve inceleme yapılmadığı da dikkate alındığında, davacıların mirasbırakanın Mardin İl Merkez Jandarma Bölük Komutanlığı'na sorgulandığı sırada ölümünün, "terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet nedeniyle" meydana geldiği ve ölüm olayı ile terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet arasında illiyet bağının bulunduğu sonucuna varıldığından; davalı idare tarafından, ölüm olayının, "terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet nedeniyle" meydana geldiği dikkate alınarak, davacıların uğradığı zararın 5233 sayılı Kanun kapsamında tazminine karar verilmesi gerekirken, başvurunun reddine

ilişkin işlem" in hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır.<sup>99</sup> Danıştay doğrudan ifade etmese de AİHM kararlarında da izi sürülebilecek biçimde ispat yükünü terse çevirmekte ve bu şekilde bir illiyet bağı karinesi oluşturmaktadır.

Kanunun uygulanması bakımından ortaya çıkan bir diğer sorun da bu zararların terörle ilgisini ya da zararın miktarını saptamaktaki güçlüktür. Bu sorun özellikle malvarlığına ulaşamamadan doğan zararlara ilişkin davalarda daha da açığa çıkar. Terörün getirdiği çatışma ortamı nedeniyle köyleri boşaltılan ya da asgari yaşam koşulları bulunmadığı için köylerini terk etmek zorunda olanların açtığı bu davalar Kanunun kabul edilmesinde de önemli bir etken olmuştur. Ancak bu davalardaki en önemli sorun bu kişilerin gerçekten terör nedeniyle mi buldukları yeri terk ettiğinin ispatlanmasıdır. Kanunun kapsama ilişkin 2. maddesinde "güvenlik kaygıları dışında kendi istekleriyle buldukları yerleri terk edenlerin bu sebeple uğradıkları zararlar" kapsam dışında tutulduğundan bu ayırım bu davalar bakımından son derece önemlidir.

Danıştay yerleşim yerinde köy korucuları ve aileleri dışında köy halkından bir kısmının yaşaması halinde zararın idarece karşılanamayacağına,<sup>100</sup> seçimde köyde korucu dışında kişilerin oy kullanmasından hareketle "asgari güvenlik ortamının bulunduğu dikkate alındığında, kişisel güvenlik kaygıları sonucu yaşadığı köyü terk edenlerin uğradıkları zararların 5233 Sayılı Kanun kapsamında karşılanmasının olanaklı bulunmadığı"na,<sup>101</sup> ancak "sadece geçici köy korucularının yaşadığı köyün, güvenli bir yerleşim yeri olduğundan bahsedilemeyeceği"ne<sup>102</sup> karar vermiştir. Danıştay'ın yaklaşımına göre malvarlığına ulaşamamadan kaynaklanan zararlarda bir yerin ulaşılabilir olmaması, yani kişisel güvenlik kaygılarını aşan düzeyde güvenli yerleşim yeri sayılmaması ancak doğrudan boşaltma kararı bulunan ya da sadece korucuların oy kullandığı veya yaşadığına ilişkin verilerin varlığı halinde mümkündür.<sup>103</sup> Oysa tazminat hukukunun temel

<sup>99</sup> 15. DAİRE, E. 2011/9811, K. 2012/2716, 9.5.2012.

<sup>100</sup> 15. Daire, E. 2012/10325, K. 2015/8325, 1.12.2015.

<sup>101</sup> 15. Daire, E. 2011/6271, K. 2014/9165, 4.12.2014.

<sup>102</sup> 10. Daire, E. 2008/6679, K. 2009/1227, 20.2.2009.

<sup>103</sup> Bu yaklaşımın aynısını konuyla ilgili yapılan bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesi kararlarında da görmek mümkündür. Abbas Emre Başvurusu, 2014/5005,

ilkeleri uyarınca olay temelli değerlendirme yapılmalı ve her olayın özgün koşulları değerlendirilmelidir. Köyün nüfusu ve göç oranı, o yörede yaşanan olaylar ile güvenlik tehdidinin niteliği, köyde kalan kişilerin özellikleri gibi etkenlerin her davada ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

İdari yargıda yazılılık ilkesi nedeniyle ispat araçlarının sınırlılığı ve bu araçların idarenin elinde bulunması karşısında mahkemenin re'sen tahkik ilkesi uyarınca sadece idarenin beyanlarıyla sınırlı kalmaması ve tazminat komisyonunun etkili bir inceleme yapma yükümlülüğü konusunda dikkatli davranması gerekir. Danıştay da bir kararında isabetli biçimde taşınmazlarına ulaşamama nedeniyle bir zarar meydana gelip gelmediği hususunda bir araştırma yapılmadan jandarma komutanlığının mezrada terör olayları meydana gelmediği yönündeki yazısıyla yetinilmesinin hukuka uygun olmadığına karar vermiştir.<sup>104</sup>

## SONUÇ

Terörle bağlantılı olarak ortaya çıkan zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu diğer sorumluluk nedenlerinden farklı özelliklere sahiptir. Terörle bağlantılı zararlarda idare toplumsal bir işlev görerek topluma yönelen bu tehlikenin bu şiddetin mağduru haline gelmiş kişilerce karşılanması yerine zararın toplumsallaştırılmasının aracı olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu anlamda, idarenin sorumluluğunun kaynağı idarenin toplumsal güvenliği ve barışı sağlama yükümlülüğüdür. Bu yükümlülükten kaynaklanan sorumluluk kusurlu olabileceği gibi kusursuz da olabilecektir. Ancak bu noktada idare hukukunda kusurlu sorumluluğun asli ve öncelikli olarak değerlendirilmesi gereği özellikle vurgulanmalıdır.

5233 sayılı Kanun terörden veya terörle mücadeleden doğan maddi zararların karşılanabilmesi için yargı öncesi alternatif uyuşmazlık çözme yolu olarak öngörülmüş olmakla birlikte, Danıştay'ın belli konulardaki yaklaşımının Kanunun idarenin sorumluluğu bakımından etkili bir yol olmasını engellediğini ya da güçleştirdiğini söylemek

6.1.2016, R.G. 11.3.2016-29650, par. 41; Tahir Aytış Başvurusu, 2013/3054, 8.5.2014, par. 45; Cemal Soğunç Başvurusu, 2013/2878, 28.5.2014, par. 27.

<sup>104</sup> 15. Daire, E. 2012/11317, K. 2015/7233, 9.11.2015.

mümkündür. Kanunun terörle mücadeleden doğan zararları da karşılamayı amaçlaması, Kanun'da sınırlandırıcı bir hüküm olmaması, hatta rücu mekanizmasına ilişkin hükümlerin varlığına rağmen Danıştay'ın bu Kanun kapsamına giren davaları doğrudan kusursuz sorumluluk olarak değerlendirmesi kanunun lafzına ve sorumluluk hukukunun temel ilkelerine aykırı bir yaklaşımdır.

Danıştay'ın çok uzun süre bu Kanun kapsamına girebilecek uyuşmazlıklarda ancak maddi tazminat istenebilmesi nedeniyle manevi tazminat istenemeyeceği yolundaki içtihadı ancak yakın zamanlarda dönüşüme uğramıştır. Kanun'un lafzından bu tür bir sonuç çıkarılmayacağı gibi, Anayasa Mahkemesi'nin 2009 yılında yayımlanan ve Kanunun manevi tazminat taleplerine ilişkin bir sınırlamayı içermediği belirten ret kararı karşısında Danıştay'ın yakın zamana kadarki tutumu Kanunun amacına aykırı bir sonuca yol açmıştır. Anayasa Mahkemesi de konuyla ilgili bireysel başvurularda manevi tazminat taleplerinin reddedilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.

Yargı kararlarındaki bir başka sorun ise bu Kanunun terörle bağlantılı bütün davalarda gidilmesi zorunlu bir yol gibi görülmesidir. Oysa düzenlenen bu yol idari yargıdaki ön karar mekanizmasından farklı olarak karşılıklı irade açıklamasına dayanan bir özel hukuk sözleşmesidir ve hem sadece maddi zararları içermesi nedeniyle kapsam, hem de tazminat sınırı olması nedeniyle miktar bakımından son derece farklıdır. Dava açmak için mutlaka bu yola gidilmesinin zorunlu olduğu açıkça Kanunda belirtilmediği gibi, İYUK 13. madde hükümlerine göre dava açılmasını engelleyici bir hüküm de yoktur.

Terörle bağlantılı zararlarda idarenin sorumluluğun idarenin toplumsal güvenlik ve huzura ilişkin kamusal işlevlerinin yerine getirilmesiyle ve insan haklarının gerçekleştirilmesi konusundaki pozitif yükümlülükleriyle bağlantısı ve bu kapsamda terörle bağlantılı zararların toplumsallaştırılması işlevi dikkate alınmalıdır. 5233 sayılı Kanun'un yorumlanmasında da sorumluluğu daraltıcı, hak arama özgürlüğünün kullanılmasını sınırlandırıcı ya da idarenin kamusal işlevlerini azaltıcı nitelikte yorum yapılmamalı, temel hak ve özgürlükleri gözetilen bir yorum ve anlayış hâkim olmalıdır.

## Kaynakça

- Akça Kürşat, "Toplumsal Olaylar Nedeniyle Oluşan Zararlardan İdarenin Sorumsuzluğu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, 2015, s. 987-1020.
- Akyılmaz Bahtiyar, "Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı", *GÜHFD*, C.IX, Sy.1-2, 2005, s. 188-215.
- Ayduran Berkan, "5233 Sayılı Kanun Kapsamında Manevi Zararların Tazmin Edilip Edilemeyeceği Sorunu", *TAAD*, Yıl:5, Sayı:19 (Ekim 2014), s. 653-682.
- Azrak Ali Ülkü, "İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına göre Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1980.
- Cideciğiller Aynur, İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi, Adalet Yayınları, Ankara, 2015.
- Çakmak Münci, "İdari Yargıda Davadan Feragat", *AÜHFD*, 2004, C. 53, S. 1, s. 185-194.
- Çelikkol Hüseyin, "İdarenin Objektif Sorumluluğu (1)", *İzmir Barosu Dergisi*, 1985/2, s. 14-26.
- Çelikkol Hüseyin, "İdarenin Objektif Sorumluluğu (2)", *İzmir Barosu Dergisi*, 1985/3, s. 16-26.
- Çetin Yunus, "Terör Olaylarından Kaynaklanan Tazminat Davaları ve İdari Kolluk Hizmetlerinden Uğranılan Zararların Tazmini", Anayasa Mahkemesi sunum metni ([www.anayasa.gov.tr/files/insan\\_haklari\\_mahkemesi/.../ym.../cetinterorOlaylari.doc](http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/.../ym.../cetinterorOlaylari.doc), son erişim tarihi: 28.2.2017)
- Çıtak Halim Alperen, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.
- Duran Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, TODAİE yayınları, Ankara, 1974.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, C. 1, Ekin Yayınları, Bursa, 2003.
- Gözübüyük Şeref, "Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C.50, s. 193-199.
- Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku, C. 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara, 2013.
- Karakaş Doğan Fatma, "Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı", *TBB Dergisi*, 2011 (95), s. 197-234.
- Kaya Cemil "Avrupa Konseyi'ndeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt:3, No:10, 2007, s. 25-42.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, Sevinç Matbaası, İstanbul, 1966.
- Öztürk Burak, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İtiraz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Özyörük Mukbil, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara, 1972.
- Yaşar Hasan Nuri, "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", *İÜHFMC*, C. LXVI, S.1, 2008, s. 201-220.

Yıldız Hayrettin, "İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyyet Bağı Meselesi", *TBB Dergisi*, 2016(116), s.135-178.

#### Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, Abbas Emre Başvurusu, 2014/5005, 6.1.2016.  
 AYM, Tahir Aytış Başvurusu, 2013/3054, 8.5.2014.  
 AYM, Cemal Soğunç Başvurusu, 2013/2878, 28.5.2014.  
 AYM, E.2003/28, K.2003/42, 22.5.2003.  
 AYM, E. 2006/79, K. 2009/97, 25.6.2009, RG: 13.11.2009-27405.  
 AİHM, İçyer v. Türkiye, Başvuru no: 18888/02, 12.01.2006.  
 AYİM, 2. Daire, E. 1995/248, K. 1996/27, 17.01.1996.

#### Danıştay Kararları

- İDDGK, E. 2013/4602, K. 2014/1220, 26.3.2014.  
 İDDK, E. 2015/2933, K. 2016/326, 18.02.2016.  
 E. 1950/1631, K. 1952/84 (Aktaran Duran)  
 E. 1960/5827, K. 1961/2097, 29.05.1961 (Aktaran Duran)  
 8. Daire, E. 1960/5862, K. 1961/2149, (Aktaran: Demirkol, (2))  
 8. Daire, E. 2001/1439 K. 2001/2817 T. 5.6.2001.  
 10. Daire, E. 1996/211, K. 1996/5755, 2.10.1996.  
 10. Daire, E. 1996/2383, K. 1997/41636 T. 6.11.1997.  
 10. Daire, E. 1996/9012, K. 1997/6164, 25.12.1997.  
 10. Daire, E. 1996/10292, K. 1998/1190, 18.3.1998.  
 10. Daire, E. 1997/3568, K. 1999/4782, 12.10.1999.  
 10. Daire, E. 1999/2162, K. 2000/5120, 11.10.2000  
 10. Daire, E. 2003/3779, K. 2006/2510, 18.4.2006.  
 10. Daire, E. 2008/2990, K. 2008/6284, 23.9.2008.  
 10. Daire, E. 2006/4970, K. 2008/6644, 15.10.2008.  
 10. Daire, E. 2006/7212, K. 2008/9199, 23.12.2008.  
 10. Daire, E. 2008/4286, K. 2008/9585, 30.12.2008.  
 10. Daire, E. 2008/4141, K. 2008/9584, 30.12.2008.  
 10. Daire, E. 2008/5548, K. 2008/9733, 31.12.2008.  
 10. Daire, E. 2008/6679, K. 2009/1227, 20.2.2009.  
 10. Daire, E. 2008/11150, K. 2009/5084, 27.5.2009  
 10. Daire, E. 2008/11212, K. 2009/5491, 2.6.2009.  
 10. Daire, E. 2009/7423, K. 2009/9167, T. 26.10.2009.  
 10. Daire, E. 2009/5172, K. 2009/11183, 29.12.2009.  
 10. Daire, E. 2010/749, K. 2010/5192, 4.6.2010.  
 10. Daire, E. 2010/1399, K. 2014/3366, 26.5.2014.  
 10. Daire, E. 2012/5888, K. 2015/4956, 13.11.2015.

10. Daire, E. 2014/6332, K. 2016/722, 11.2.2016
12. Daire, E. 1969/1746, K. 1971/2478, Aktaran: Demirkol (2),
15. Daire, E. 2011/2234, K. 2011/251, 15.6.2011.
15. Daire E. 2011/11 K. 2011/335 T. 22.6.2011.
15. Daire, E. 2011/7480, K. 2011/460, 4.7.2011.
15. Daire, E. 2011/9952, K. 2011/628, 6.7.2011.
15. Daire, E. 2011/2234, K. 2011/251, 15.6.2011.
15. Daire, E. 2011/9811, K. 2012/2716, 9.5.2012.
15. Daire, E. 2011/9965, K. 2012/5281, 12.9.2012
15. Daire, E. 2011/9635, K. 2012/5277, 12.9.2012
15. Daire, E. 2012/189, K. 2012/7048, T. 18.10.2012.
15. Daire, E. 2011/10415, K. 2012/10747, 15.11.2012.
15. Daire, E. 2011/6719, K. 2012/11433, 21.11.2012.
15. Daire, E. 2011/9487, K. 2013/1480, 21.2.2013.
15. Daire, E. 2012/2423 K. 2013/2394 T. 28.3.2013.
15. Daire, E. 2013/14215, K. 2014/3329, 30.4.2014.
15. Daire, E. 2011/6271, K. 2014/9165, 4.12.2014.
15. Daire, E. 2011/9389, K. 2015/5311, T. 17.9.2015.
15. Daire, E. 2011/9484, K. 2015/5598, 1.10.2015.
15. Daire, E. 2011/16575, K. 2015/6073, 15.10.2015.
15. Daire, E. 2011/7219, K. 2015/6413, 22.10.2015.
15. Daire, E. 2012/11317, K. 2015/7233, 9.11.2015.
15. Daire, E. 2013/10027, K. 2015/7244, 9.11.2015
15. Daire, E. 2012/5325, K. 2015/7807, 19.11.2015.
15. Daire, E. 2012/8455, K. 2015/8287, 1.12.2015.
15. Daire, E. 2012/10325, K. 2015/8325, 1.12.2015.
15. Daire, E. 2015/8734, K. 2015/9227, 24.12.2015.
15. Daire, E. 2015/9499, K. 2015/9086, 23.12.2015.

#### **Yargıtay Kararları**

4. Hukuk Dairesi, E. 2014/13540, K. 2015/13395, 23.11.2015.
13. Hukuk Dairesi, E. 2012/39, K. 2012/7900, 23.3.2012.
13. Hukuk Dairesi, E. 2012/10000, K. 2012/17329, 4.7.2012.
13. Hukuk Dairesi, E. 2013/16806, K. 2013/16493, 17.6.2013.
13. Hukuk Dairesi, E. 2013/9838, K. 2013/17651, 26.6.2013.
13. Hukuk Dairesi, E. 2014/47620, K. 2015/4444, 16.2.2015.
13. Hukuk Dairesi, E. 2015/29920, K. 2015/33652, 19.11.2015.