

İÇTİHAT KRONİĞİ

İDARE HUKUKU

Bu Mecmuada şimdiye kadar yayınlanan İctihad Kroniklerimizde, daha ziyade Yüksek Mahkemelerin belli bir kararını genişliğine ve derinliğine incelemekte idik. Bir yandan, Mecmuamızın üzerinde yazılı olduğu gibi üç ayda bir ve zamanında yayınlanamaması; öte yandan her derecedeki mahkemelerimizden İdare Hukukuna ilişkin çok sayıda önemli kararların çıkmakta olması dolayısıyla, önceki usulden vazgeçerek, belli süreler içerisinde ortaya konan yeni içtihatlardan mümkün olduğu kadarını, kısa notlarla mütalâa etmeği daha uygun ve faydalı buluyoruz.

İdarî içtihadlar kroniğimizin bu yeni şeklinde, evvelce yayınlanmamış olan mahkeme kararlarını ele almağı tercih edeceğiz ve bunların metinlerinin gerekli kısımlarını aynen dercetmeğe çalışacağız. Ancak, bu arada başka yerde yayınlanmış bulunan yeni ve önemli içtihatlar varsa; yayın yerlerini işaret ederek, bunlardan da bahsedeceğiz.

Bu vesile ile bir temennide bulunmaktan kendimizi alamıyoruz: Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi gibi Yüksek Mahkemelerimizin yetkili makamları veya hâkimleri ile diğer bütün mahkemeler veya hakimleri, ısdar ettikleri hükümler arasında, Amme Hukuku bakımından ilginç, prensiplere değinen ve tartışmalı gördükleri yeni veya değişik içtihadları ihtiva eden kararların birer suretini bize iletmek lutfunda bulunurlarsa; kroniğimizin hem ilk yayımla zenginleşmesine, hem de jürisprüdans ile doktrinin işbirliğine yardım etmiş olurlar. Nitekim Batı ülkelerinde, içtihatların değerlenmesi ve Hukukun gelişmesi, mahkemeler ile müelliflerin bu yoldaki işbirliği sayesinde sağlanabilmektedir.

Mecmuamızın bu sayısının İdarî İctihadlar kroniğinde, 1966 yılına ait olup, tesadüfen elimize geçen henüz yayınlanmamış kararlar ile çeşitli yerlerde çıkmış bazı önemli içtihadları kısaca tahlil ve tenkide çalışacağız.

İDARE TEŞKİLÂTI VE İDARİ KARAR

BELEDİYE İDARESİ. — Belediye meclisinin kesin kararları, ilgililerin itirazı, İl İdare Kurulunun veya Danıştay idarî heyetlerinin incelemesi, Danıştayın yargı denetimi.

Bir il belediyesi eski hesap işleri müdürünün hakkındaki re'sen emekliye sevk işleminin T.B.M.M. Dilekçe Karma Komisyonunca iptal edilmesi üzerine, belediye müfettişliğine tayinine dair Başkanlık kararını belediye meclisinin tasdik etmemesine karşı vâki itirazını, Danıştay 3. Dairesi, 521 sayılı kanunun 50 nci maddesinin «idarî davaya konu olmayan» şartını koşan (E) bendi hükmü ile, 1580 numaralı Belediye Kanununun 73 üncü maddesi gereğince ilgililerin, belediye meclislerinin kesin kararları aleyhine, İçişleri Bakanlığından geçerek, Danıştay önünde haiz bulunduğu itiraz hakkının kaldırılmış olduğu gerekçesine dayanarak, esastan incelemekten çekinmiştir (4 Şubat 1966 ORAL, Esas No. 1966/19 - Karar No. 1966/40, Danıştay Dergisi, Sayı 100-102, sahife 19-29).

Fakat Danıştay Genel Kurulu, 3. Dairenin bu görüşünü kabul etmemiş ve Belediye kanununun mezkûr 73 üncü maddesine ilişkin olan 5 Kasım 1954 tarihli ve Esas: 1954/145-Karar: 1954/167 numaralı İçtihadı Birleştirme Kararı (R.G., 8 Şubat 1955-8925; D. III. 36. 181-182) ve 521 sayılı kanunun 46 ncı maddesine istinaden, ilgilinin itirazının 3. Dairece esastan incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. (18 Nisan 1966, ORAL, Esas No. 1966/15 - Karar No. 1966/132, aynı dergi, sahife 24-26).

Gerçekten, mezkûr İçtihadı Birleştirme Kararı, «73 üncü maddeye temas eden belediye meclisi kararlarında, maddenin sarahati dairesinde belediye reisi ile hakkı taallûk eden alâkalıların itiraz haklarını, bu madde hükmü dairesinde, kabul etmek zarurî olduğu» neticesine varmış, yani kesin kararlar aleyhine igillerce yapılacak itirazların idarî yoldan Danıştayda incelenip karara bağlanması lüzumunu tesbit etmiştir. Yeni 521 sayılı kanunun 46 ncı maddesi, İçtihadı Birleştirme kararına Danıştay organlarının uymasını âmir bulunduğundan; Genel Kurulunun, olayda 3. Dairenin esastan inceleme yapmasına karar vermiş olması, çok doğru ve yerindedir.

Ancak, Danıştayın ne bu Genel Kurul Kararı, ne de İçtihadı Birleştirme Kararı, meseleyi tamamen aydınlatmış ve çözümlenmiş sayılamaz. Çünkü, aksi görüşe sahip olan 3. Daire, ilgililerin Belediye Meclisinin kesin kararlarını dâva konusu yapabileceklerini ve olayda muterizin aynı konuda Danıştayda derdesti rü'yet bir dâvası bulunduğunu ileri sürerek, «*aynî kararın, velev biri idarî diğeri yargı yolundan olsa bile, aynı mercide iki defa incelenmesi sonucunu doğurur ki, bunun, meydana getireceği çeşitli mahzurlar dolayısıyla, tecvizine imkân yoktur ve bu halde mezkûr 50 nci maddenin (E) bendindeki «idarî davaya konu olmayan işler» tabiriyle konulan tahdidin manası kalmaz»* mütalâasında bulunmuştur. Diğer taraftan, Genel Kurulda azınlıkta kalan üyelerden biri, «*mezkûr 73 üncü maddeye göre alâkadarların ihtiyarında bulunduğu itiraz haklarını kullanmaları halinde, ayrıca yargı yoluna başvurarak dava açmamış bulunuyorlarsa (.....) itiraza 3. Dairece bakılması gerekeceği»* görüşünü ortaya atmıştır. İşte bu ayrışık düşünceler Genel Kurul Kararında tartışılıp karşılansaydı, mesele açıklığa kavuşmuş olurdu.

Filhakika İçtihadı Birleştirme Kararı, 73 üncü maddeye göre yapılacak itirazın hukukî mahiyetini belirtmemiş olduğu için, belediye reisi ile ilgililerin meclisin kesin kararlarını iptal ettirmek için mutlaka bu yola başvurmak zorunda olup olmadıkları, aynı zamanda veya daha sonra dava açıp açamayacakları, böyle bir davanın konusu ve mahiyetinin ne olacağı anlaşılamamaktadır. Ancak bu noktalara ışık tutulduğu takdirde, hem azınlığın mülâhazaları cevaplandırılmış, hem de mesele gerçekten çözümlenmiş olur.

Herşeyden önce işaret edelim ki, 3. Daire kararına dayanak olan 521 sayılı Danıştay Kanununun 50 nci maddesinin (E) bendi, yürürlükten kaldırılan 3546 numaralı Devlet Şûrası Kanununun 14 üncü maddesinin (B) bendinin aynidir; sadece «Belediye Kanunu ile Danıştaya verilip idarî davaya konu olmayan işler» evvelce 2. Dairenin yetkisi içerisinde iken, şimdi 3. daireye aittir. Aynı kararda söz konusu olan ve Danıştay, «bu kanun ve başka kanunlarla gösterilen diğer işleri görür» diyen yeni kanunun 29 uncu maddesinin (D) bendine tekabül eden bir hüküm eski kanunda mevcut değil idi ise de; bu esas, gerek 1924 Teşkilâtı Esasiye Kanununun 51 inci maddesinde, gerek 1961 T. C. Anayasasının 140 inci maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Bu itibarla, 521 sayılı Danıştay Kanunu, 1930 tarihli Belediye Kanununun 73 üncü maddesini değiştiren her-

hangi bir yeni hüküm getirmediğine göre; meselenin mevcut İctihadı Birleştirme kararı çerçevesinde mütalâa edilmesi gerekmektedir. Ancak bu meselenin halli, ne sadece Danıştay Kanununun mezkûr maddeleri, ne de tek başına veya mevzuat hükümleriyle bir arada İctihadı Birleştirme Kararı ile mümkün olmayıp, evveleminde 73 üncü maddedeki itirazın hukukî mahiyetinin tâyin ve tesbitine bağlıdır.

Kanaatimizce, «Bu itiraz, kazaî bir müracaat veya dâva değildir. Çünkü dâva arzuhalleri doğrudan doğruya salâhiyetli ve vazifeli heyetlere tevdi edildiği halde, mezkûr 73 üncü maddedeki itiraz istidası önce Vilâyet veya Dahiliye Vekâleti makamlarına arzedilmektedir. Bundan başka, dâvalar, tarafların iddia ve müdafaaları kazaî usullerle tetkik ve münakaşa edilerek, hükme bağlandığı halde; mevzuubahis itiraz taraf olmayan kaymakam veya valinin mütalâası üzerine ve muayyen müddet içinde karara raptedilmektedir. Nihayet, kazaî müracaatlarda ihtilâf mevzuu kararların icrasının tehirine bizzat salâhiyetli ve vazifeli mahkeme karar verdiği halde; itiraza uğrayan meclis mukarreratının tatbik ve icrasını, vâli tehir edebilmektedir.

«Şu halde bu itiraz idarî mahiyette bir müracaattır ve dolambaçlı yoldan idarî vesayet murakabesini tahrik ve tesis etmektedir. Filhakika Belediye meclislerinin bazı kararları doğrudan doğruya vesayet makamının tasdikine tâbi tutulduğu gibi, bunlar dışında kalan mukarreratı da, kat'î ve lazımlüicra olmakla beraber, böylece reisin veya alâkadarların itirazı üzerine dolayısıyla bir nevi vesayet kontrolünden geçirilmektedir. Ancak bu murakabe, tek başına mülkiye âmiri tarafından ve re'sen değil, onun marifetiyle ve talep üzerine, yine birer merkez teşekkülü olan, Vilâyet İdare Heyetince veya Devlet Şurasınca münhasıran hukukî mülâhazalarla icra edilmektedir. Nitekim yukarıda işaret ettiğimiz hususiyetler, itirazın ve takip ettiği seyir ve gaye ile müncer olduğu kararın bu idarî vesayet mahiyetini belirtmektedir. Bu hususiyetlere, belediye reisine tanınan itiraz salâhiyeti ile Devlet Şûrasına arzedilen itirazların idarî daire ve heyetlerce karara bağlanması keyfiyetini ilâve edebiliriz.

Bütün bunlar, kanun vazınının Belediye Meclisi kararlarından hiç birinin vesayet kontrolünden hariç kalmamasını ve hukuka aykırılıkların merkezî idare makam veya hey'etlerinde iptidaen önlenmesini istihdaf ettiğini açıkça göstermektedir.

Bu itibarla, belediye meclislerinin kat'i mukarreratına karşı, evveleminde idarî vesayet mürakabesini tahrik etmek lâzım ve ondan sonra kazaî yollara tevessül etmek mümkündür. Belediye Kanununun 73 üncü maddesi ile sevkedilen hüküm, ancak bu suretle tefsir ve tatbik edilebilir.» (L. Duran, *İdare Hukuku Meseleleri*, Yeni yayın, İstanbul, 1964, sahife 128-129).

Herne kadar umumî hükümler gereğince, belediye meclisinin kesin kararları, bu nitelikleri dolayısıyla, dava konusu olabilir ve bunlar hakkında idarî vesayet makamına başvurulması dava süresini durdurmaz ise de; 1580 sayılı Belediye Kanununun 73 üncü maddesi, bu konuda özel bir denetim yolu göstermiş bulunduğundan; işbu iptidaî idarî müracaat yapılmadan, dâva açılması hukuken caiz ve mümkün değildir. Aksi halde, 73 üncü madde hükmü hiç değilse, ilgililer bakımından esasen haşiv sayılmak ve tüm olarak belediye meclisi kararlarının ayrı bir kontrol mekanizmasına tâbi tutulmadığı sonucuna varılmak gerekir. Bunlar kabul edilemeyeceğine göre; ilgililerin, «bu kabil mukarrerata *usulen ilân tarihinden itibaren on gün zarfında*» önce yetkili makamlar nezdinde itiraz etmiş olmaları, ileride dâva açabilmeleri için şarttır. Nitekim, Belediye Kanunumuzun mülhem olduğu 1884 tarihli Fransız kanununun benzer hükümleri Fransa'da doktrin ve jürisprüdans tarafından, yüzyıla yakın bir süreden beri, bu yolda yorumlanmakta ve uygulanmaktadır. (Prof. M. Waline, *Traité de Droit Administratif*, 9e éd. Paris, 1963, No. 569 et s. p. 348 et s, Prof. A. de Laubadère *Traité de Droit Administratif*, Tome I, 3e éd. Paris 1963, No. 291 p. 149-150; Şûrayı Devlet Deavi Dairesi Başkanı R. Odent, *Contentieux Administratif*, 1965-1966, Cours I.E.P. Paris 1966 p. 1084).

Bu itiraz, idarî vesayet denetimini tatbik için yapılması mecburi bir idarî başvurma olduğundan, dava mahiyetini taşımaz ve «*muvaazî müracaat*» (recours parallèle) teşkil etmez. Bînetice, itirazın Danıştay idare kuruluşlarında incelenmesi gerekir ve bunların vereceği kararlar idarî nitelikte olur. Ancak, bunlara kaanî olmayan, idarî vesayet makamı ile belediye reisinden gayri, bütün ilgililer, meselâ belediye meclisi ve asıl alâkadarlar, umumî hükümler dairesinde, kararın tebliği tarihinden (90) gün içinde Danıştayda iptal davası açabilirler. İl İdare Kurulu veya Danıştay idarî kuruluşlarının kararı elde edilmeden açılacak iptal davaları *idarî merci tecavüzü* dolayısıyla, tevdi kararıyle iptidaen reddedilir. Fakat itiraz, on günlük sürenin geçirilmiş olması sebebiyle ida-

rî merciler tarafından reddedilmiş olsa bile, (90) gün zarfında başvurulmuş bulunması kaydıyla, bu baptaki kararın tebliğinden itibaren (90) gün içinde açılacak iptal davasının dinlenmesi gerekir. Çünkü idarî itiraz süresinin geçmesi, *yargı mercii tecavüzündeki kazaî müracaat (recours parallèle) müddetinin müruru gibi, dava hakkının sükutunu mucip* olmaz.

Bunun gibi, belediye meclisinin yönetmelik ve tarifeler gibi, genel düzenleyici tasarruflarına karşı süresi içinde yetkili idarî merci nezdinde itiraz edilmemiş olması, bunların uygulanması halinde ilgililerin haklarında yapılan ferdi işlem vesilesiyle, her zaman iptalini istemek imkânları vardır. Nitekim Danıştay Dava Daireleri Umumî Heyeti, 13 Haziran 1944 tarihli «*Sümerbank iplik ve Dokuma Fabrikası Müessesesi*» kararında (D.K.D., Sayı: 27, sahife: 26-29) bu yolda içtihatla bulunmuştur. Gerçekten, on günlük itiraz süresinin geçmesi, sadece meclisin kesin kararlarının idarî vesayet yolu ile mürakabe edilmesine mâni bir sebeptir.

Şukadar ki, Belediye Kanununun 73 üncü maddesinde, «*usulen ilân tarihinden itibaren*» başlayacağı bildirilen on günlük itiraz müddeti aynı kanunun 56 ncı maddesinde kabul edildiği gibi belediye kapısındaki tahtaya asılmak suretiyle ilândan değil, 1961 T. C. Anayasasının 114 üncü ve 521 sayılı Danıştay Kanununun 67 nci maddesi gereğince, ferdî kararlar için tebliğden, düzenleyici genel tasarruflar için yayın yolu ile ilândan itibaren cereyan edebilir. Esasen, 56 ncı maddeye göre, belediye kapısındaki tahtaya meclis kararlarının yalnız hülâsası asıldığından; umumî hükümler gereğince de, bu muamele ilgililerin dâva açmalarına imkân vermeyeceği için, sürenin bu suretle ilân ve neşirden itibaren işlemeye başlaması kabul edilemez.

Bu bakımdan, Belediye Reisliğinin 20/7/1965 tarihli tebliği de kararın mealinden ibaret olduğu cihetle, aşağıya metnini dercettiğimiz Danıştay 3. Dairesinin 5 Ocak 1966 günlü ve Esas: 1965/461 - Karar: 1966/2 numaralı kararındaki görüşe katılmıyoruz:

«1580 sayılı Belediye Kanununun 73 üncü maddesi; alâkadarların Belediye Meclislerince ittihaz olunan kat'i kararlara, bu kararların usulen ilân tarihinden itibaren on gün zarfında İçişleri Bakanlığına müracaatle itiraz edebileceklerini âmir olduğu ve itiraz konusu İstanbul Belediye Meclisinin 29.6.1965 gün ve 238 sayılı kararının 1580 sayılı Belediye Kanununun 56 ncı maddesi gereğince 8.7.1965 - 19.7.1965 tarihleri arasında ilân tahtasına talik edilmek

suretiyle ilân edildiği, ayrıca İstanbul Belediye Reisliğinin 20.7.1965 tarih Mesken ve Gecekondu işleri Müdürlüğü 4770 sayılı yazısı ile Değişik Sermayeli Mahdut Mesuliyetli Güzel Konutlar Yapı Kooperatifine bildirildiği, mezkûr karara adı geçen kooperatifin vekili Avukat..... tarafından 10 günlük sürenin bitmesinden sonra 4 Ekim 1965 tarihinde İstanbul Valiliğine müracaatla itiraz edildiği dosyanın tetkikinden anlaşıldığı cihetle itirazın süre aşımı sebebiyle reddine 5.1.1966 tarihinde oybirliği ile karar verildi.»

İlgilinin itirazı üzerine, ister İl İdare Kurulu, ister Danıştay 3. Dairesi ve Genel Kurulu karar vermiş olsun, açılacak dâva, temyiz müracaatı değil, normal bir iptal dâvasıdır ve, ya görevli dairede yahut Dava Daireleri Kurulunda görülüp çözümlenmek gerekir (1). İşte, 521 sayılı Danıştay Kanununun 44 üncü maddesinin (D) bendinde, «Danıştay idarî dairelerden veya Genel Kurulundan verilen kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemler hakkında açılan davalar» diye tarif ve Dava Daireleri Kurulunun görevleri arasında kabul edilen konulardan biri de, Belediye Kanununun 73 üncü maddesiyle düzenlenen itirazlar hakkında 3. Dairenden sadır olan kararların sonucunda ortaya çıkan işlemlerdir.

Şöyle ki, ilgili veya ilgililer, Danıştay idari dairesi ve Genel Kurulu tarafından itirazın reddi üzerine açacağı iptal davasına, belediye meclisinin kesin kararını konu yapacaklardır. Dava hakkı, red kararının tebliği günü doğmuş olacağından, sürenin de bu tarihten itibaren cereyana başlaması tabii ve zaruridir. Öte yandan; belediye meclisi de, itirazın kabulü ve kararın idarî yoldan iptali halinde, bu husustaki kararın tebliğinden itibaren, Danıştayın kararını benimsemek zorunda olan İçişleri Bakanlığının yazılı bildirimini aleyhine iptal davası açmak imkânına sahiptir (2). Fakat be-

(1) Danıştay 8. Dairesinin, 11 Ocak 1967 tarihli ve Esas: 1966/875-Karar 1967/56 numaralı ilâmında (İst. Bar. Der., Ocak - Şubat 1967, sahife: 53), bir il idare kurulunun 73 üncü madde gereğince verdiği bozma kararını, temyizen inceleyerek, «onaması» usul bakımından isabetli sayılmaz.

(2) Nitekim, Dâva Daireleri Kurulu, 5 Kasım 1965 tarihli, Esas: 1961/370 Karar: 1965/834 numaralı «Kıyıboyu ve Kıyıcık köyleri» kararında (D. K. D., Sayı: 97-99, sahife: 133-135), mezkûr 73 üncü maddeye benzer hükümler taşıyan aynı kanunun 7 inci maddesi tatbikatı dolayısıyla bir belediye aleyhine açılan iptal davasını intihâen reddetmekle beraber; «..... ortada bu karara (Danıştay 2. Dairesinin) dayanılarak uygulanmış bir işleme yöneltilmiş dava da bulunmamasına binaen» şeklindeki gerekçeyle, bu hal suretini terviç etmiş görünmektedir.

lediye reisi icra organı ve temsilcisi olduğu için, idarî vesayet denetiminden geçerek iptal edilen meclis kararını artık ne uygulayabilir, ne de İçişleri Bakanlığına karşı dava açabilir.

Bu konudaki açıklamalarımıza son vermeden, bir noktayı daha işaret etmek isteriz: Danıştay Genel Kurulunun sonucu doğru olan sözkonusu kararına 3. Dairenin benzer hallerde uymasını sağlamak için, belediye işleri ile görevli dava dairelerinin ve kurulunun, itiraz yolundan geçmeden önlerine getirilen meclisin kesin kararları aleyhine açılmış davaları iptidaen reddetmeleri gerekir. Bu suretle hem hukukan isabetli bir yol tutulmuş, hem de Danıştayda dava kuruluşlarının ve hükümlerinin, idarî heyetlerden ve kararlarından üstün ve daha kuvvetli olduğu kabul edilmiş bulunur (3).

(3) Bu kronik yazılıp dizildikten sonra elimize geçen iki yeni yayında rastladığımız kararlarında Danıştay, Belediye Meclisinin kesin kararlarına karşı ilgililerin, itiraz yolundan geçmeden, doğrudan doğruya iptal dâvası açabileceklerini kabul etmekle beraber, kendi idarî kuruluşlarından çıkan idarî kararların iptalinin istenemeyeceği yolundaki içtihadını değiştirmiş bulunmaktadır.

Şöyle ki, Dâva Daireleri Kurulu, 22 Ekim 1965 tarihli ve Esas: 1961/586 numaralı kararında, Belediye Kanununun 73 üncü maddesiyle öngörülen itirazın, «belediyeler üzerindeki genel idarenin denet hakkının sağlanması için yol göstermiş olduğu» nu açıkladıktan sonra, «kesin olduğu bahsi geçen maddede belirtilen belediye meclisi kararının dâva yoluyla iptalinin istenmesine kanunî bir mâni bulunmadığını» içtihad eylemiş; 1 Temmuz 1966 tarihli, Esas: 1966/528 ve Karar: 1966/841 numaralı ilâmında da, «dâvacının belediye meclisi üyeliğinden çıkarılması yolundaki Yozgat Belediye Meclisi kararı doğrudan doğruya Danıştayda idarî dâvaya konu teşkil edebileceğinden, Danıştay Üçüncü Dairesince verilmiş 29/1/1966 tarih ve 1966/88 - 1966/26 sayılı kararın iptali istemiyle açılan ve ... inceleme kabiliyeti bulunmayan dâvanın ... görev noktasından reddine oyçokluğuyla karar» vermiştir. (Dinçer, Çırakman ve Necipođlu, Danıştay Kararları (1965-1967), Ankara, 1967, s. 1-2).

Ancak Yüksek Mahkeme, bu ikinci kararından bir yıl sonra önüne getirilen, Yozgat Belediye Meclisi üyesi olayına benzer, Belediye Başkanının görevinden çıkarılmasına ilişkin bir uyuşmazlıkta, aksine içtihatda bulunarak, «Belediye Kanununun değişik 91 inci maddesiyle Danıştaya verilen bu işin Danıştay Kanunu hükümlerine göre Danıştay 3 üncü Dairesinde ve Genel Kurulca incelenmesinin yerinde bulunduğuna ve Genel Kurul kararının yürütülmesi gerekli nitelikte idari bir karar olduğundan bu kararın, husumetin İçişleri Bakanlığına yönetilmesi suretiyle dâva konusu yapılabileceğine ... oyçokluğuyla karar ver»miştir (13 Mart 1967, ÖĞÜN, Esas No: 1966/234 - 297, Karar No: 1967/363, Âmme İdaresi Bülteni, Haziran 1967, Sayı: 12, s. 4). Böylece, yukarıda çıkardığımız sonuçların bir kısmı gerçekleşmiş bulunuyor.

BELEDİYE İDARESİ. — Belde sınırlarının tesbiti, yetkili makam, İdarî vesayet denetimi, yargı denetimi, İdarî davada hasım.

Danıştay'ın belde sınırlarının tesbitine ilişkin bir uyuşmazlığı çözümleyen bir kararını (1965 yılında verilmiş olmasına rağmen), önemi dolayısıyla, bu kronikte söz konusu etmeği lüzumlu ve faydalı gördük.

Şöyle ki, davaya yol açan olayda, yeniden kurulan bir belediye idaresi sınırlarının tesbiti işleminde, civar bir köyün hududunun

Mamafih, Dâva Daireleri Kurulu sayın üyelerinden bazılarının muhalefet şerhlerinde işaret ettikleri, bu uyuşmazlıkta Danıştay Genel Kurulu kararı dâva konusu olarak alındığı halde, husumetin İçişleri Bakanlığına tevcihinin kabul edilmesi, bir çelişme gibi görünmekle beraber; aslında Yüksek Mahkeme, (2) numaralı dipnotunda zikredilen «**Kıyıboyu ve Kıyıcık köyleri**» kararında yer alan **ortada bu karara (Danıştay'ın idarî kararı) ... dayanılarak uygulanmış bir işleme yönetilmiş dâva da bulunmasına binaen**» şeklindeki ve yukarıda anılan 1 Temmuz 1966 tarihli **Yozgat Belediye Meclisi üyesi** kararında da, 521 sayılı Danıştay Kanununun 44 üncü maddesinin (D) bendi hükmü nakledilmek suretiyle açıklanan, gerekçe gözönüne getirilirse, **ÖĞÜN** olayında, Danıştay Genel Kurulu kararını değil, bu kararı zorunlu olarak benimseyip ilgiliye ulaştıran ve yerine getiren İçişleri Bakanlığının tebliğ ve icra işlemini dâvaya mevzu ittihaz ve neticeten iptal etmiş sayılabilir. Çünkü, Danıştay Genel Kurulunun kararı, idarî nitelikte ise de, bizatihî icraî kuvveti haiz olmayıp, ancak İçişleri Bakanlığı muamelesinin inzimamı ile bu mahiyet ve tesiri iktisap edebilir.

Bu bakımdan, dâvada husumetin İçişleri Bakanlığına yönetilmesi yerinde ve doğru olmakla beraber; hüküm fıkrasında, «**Bu sebeplere binaen Danıştay Genel Kurul kararının iptaline**» karar verilmesi isabetli değildir. Gerçekten, olayda söz konusu olan Belediye Başkanının, Danıştay idarî kuruluşları aracılığı ile görevden çıkarılması bir idarî vesayet denetimi ise; bu işlem, ancak merkezî faal idare makamlarınca uygulanabilir ve o takdirde dâva konusu olabilir. Şunu da belirtelim ki, Belediye Kanununun 91 inci maddesini değiştiren 307 sayılı kanunun tanzim tarzının, «mahallî idarelerin seçilmiş organlarının organlık sıfatını kazanma ve kaybetmeleri konusundaki denetim, ancak yargı yolu ile olur.» diyen Anayasa'nın 116 ncı maddesinin 3 üncü fıkrası hükmüne ve bu hükme dayanarak Belediye Kanununun eski 53 üncü maddesini iptal eden Anayasa Mahkemesinin 3 Temmuz 1963 tarihli ve 1963/177 numaralı kararına uygun olup olmadığı noktası, kabul edilen hal suretine doğrudan doğruya müessir bulunmadığından; bu meselenin burada tetkik ve münakaşasına mahal ve lüzum yoktur.

da gözden geçirilmesi gerekmiş ve bu sebeple 1580 sayılı Belediye Kanununun «sınır ihtilâflarının halli» ni düzenleyen 6 ncı maddesi uygulanmıştır. Mezkûr kanun maddesine göre; mahallî en büyük mülkiye âmiri, uyuşmazlık halinde olan belediye ve köy ihtiyar meclislerinin mütalâasını aldıktan sonra, ilçe idare kurulunun gerekçeli kararı üzerine, il idare kurulunun bunu *aynen veya tadilen tasdik* etmesi suretiyle, ihtilâfı halleder. Oysa ilk defa teşkil edilen bir belediyenin sınırları, itiraz vâki olmazsa, aynı kanunun 5 inci maddesi gereğince, ilgili *belediye meclisinin kararı* ve yerine göre il idare kurulunun veya Bakanlar Kurulunun *tasdiki* ile tesbit edilir ve kesinleşir.

Danıştay 8. Dairesi, yeni kurulan Belediye İdaresi tarafından, «Isparta Valiliği» hasım gösterilerek açılmış olan bu dâvada, 17 Mart 1965 tarihli aşağıdaki GÜNEYKENT kararını vermiştir. (Esas No: 1965/682-Karar No: 1965/1271):

«1580 sayılı yasanın 4 üncü maddesinde, sınırı tahdit edilmemiş beldelerin sınırının hangi esaslara göre çizileceği, 5 inci maddesinin A fıkrasında, nüfusu seksen binden az olan beldelerin sınırlarının belediye meclisinin kararı ve mahalli idare heyetinin düşüncesi alındıktan sonra il İdare Kurulunun tasdiki ile kaliteleşeceği ve sınır değişikliklerinin de aynı usule göre yapılacağı ve 6 ncı maddesinde de, beldeler veya köyler arasında doğan sınır anlaşmazlıklarının ne şekilde hallolunacağı belirtilmiştir.

Davacı Güneykent kasabasında 11/5/1955 gününde yeniden Belediye teşkili ile sınırının 1580 sayılı yasanın 5 ve 6 inci maddeleri gereğince tesbitinin gerekli olduğu ve köy kanununa göre tesbit edilen hududun hukukî bir kıymeti bulunmadığı davalı idare savunmasında belirtilmiş bulunmasına göre, davacı Belediye sınırının 1580 sayılı yasanın 4 ve 5 inci maddelerine göre tesbit edimesi gerekirken bu yasanın 6 ncı maddesine dayanılarak karar verilmesinde yasaya uyarlık bulunmadığından dava konusu kararın bu sebeple iptaline..... oybirliğiyle..... karar verildi.»

Yüksek 8. Daire bu kararında, Belediye Kanununun 6 ncı maddesi hükmünün, ancak mevcut belediye veya köyler arasında çıkacak sınır ihtilâflarında kabili tatbik olduğunu, yeniden kurulan belde hudutlarının tesbiti sırasında tehaddüs edecek nizalara uygulanamayacağını içtihad etmiş bulunmaktadır.

Bu içtihad kanun hükümlerine uygun ve doğru olmakla beraber, 6 ncı maddenin «sınır ihtilâflarının halli» için koyduğu esaslarla, 4 üncü maddenin (G) bendinin, yeni bir belediye kurulurken çı-

kacak «sınır nizaları» hakkında kabul ettiği usul ve yetki kaideleri arasında pek önemli bir fark yoktur. Sadece bu ikinci halde, 5 inci maddenin (B) bendine göre, seksen binden fazla nüfuslu beldelerin sınırlarının tesbitinde çıkacak uyuşmazlıkları çözümlenmeğe, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkili bulunmaktadır; aynı il içinde ayrı kazalara bağlı mevcut belediye ve köyler arasındaki sınır ihtilâflarının halline ise, 6 ncı maddenin son fıkrası hükmü ile İl İdare heyeti ve İl Genel Meclisi salâhiyetli kılınmaktadır.

Aslına bakılırsa, Belediye Kanununun, belde sınırlarının tesbiti ve bu konuda tekevvün edecek ihtilâf ve nizaların halli ile ilgili olarak, 4, 5, ve 6 ncı maddeleriyle merkez makam ve mercilerine verdiği tasdik yetkileri, idarî vesayet denetiminin kullanılmasını sağlayan birer araçtan ibarettir. Bu itibarla, sınır tesbitinde gerçek yetkili olan belediye veya ihtiyar meclisleridir; merkez makam ve heyetlerinin, bu husustaki niza ve ihtilâfları halleden kararları, kazaî tasarruf değil, idarî işlemlerdir. Gerçi, kanunun 6 ncı maddesinin 2 nci fıkrasına göre, ihtilâf halinde, il idare kurulları, ilçe idare kurullarının gerekçeli kararlarını «aynen veya tadilen tasdik» edebilmektedir. Lâkin bu işlem de, sınır tesbitinde asıl yetkili bulunan belediye meclisinin kararı üzerine kaim olmamakta, bunun üzerinde cereyan eden idarî vesayetin aşırı ve istisnaî bir denetim vasıtasını teşkil etmektedir. Nitekim aynı kanunun 12 nci maddesi, sözkonusu «tasdik» muamelesinin, esas tesbit kararının sadece tatbiki konabilmesi için katileşmesini sağlayan ayrı ve müstakil bir tasarruf olduğunu açıkça göstermektedir.

Binaenaleyh, ilgililer belde sınırlarının tesbiti konusunda, sırf idarî vesayet denetim işlemine itiraz etmiyorlarsa, açacakları bütün davalarda husumeti tesbit kararını alan belediye idaresine tevcih etmelidirler. «GÜNEYKENT» davasında, yeni kurulan belediye idaresi, vesayet makamının işleminden şikâyet ettiği için, Valiliği hasım mevkiine koymak zorunda idi.

KAMU KURUMU. — Ticaret ve Sanayi Odası, İşyeri, Memur ve müstahdemler, İşçi, İş Kanununun kapsamı.

Bakanlar Kurulunun 10 Ağustos 1963 tarihli ve 6/2053 sayılı Kararnamesi ile yürürlüğe konulan Tüzük, 14 Nisan 1941 tarihli ve

2/15592 sayılı, «Devlet, vilâyet veya belediyelerce doğrudan doğruya işletilen müesseseler ile memleket müdafaası ile ilgili işyerlerinin mürakabe ve teftişine dair Nizamname» nin, Ticaret ve Sanayi Odalarını İş Kanunu kapsamı dışında sayan 1 nci maddesindeki bu istisnayı kaldırınca; Çalışma Bakanlığı Bölge müdürlükleri adı geçen kamu kurumlarını işyeri olarak tavsif ve tasnif etmeğe başlamıştır. Bu işlemler üzerine, ilgili odalar, usulü dairesinde önce Çalışma Bakanlığı nezdinde itirazda bulunmuş, sonra da Danıştay önünde iptal dâvası açmıştır.

İşte bu konudaki dâvalardan biri hakkında Sekizinci Dairenin verdiği 16 Mayıs 1966 tarihli ve Esas: 1965/1218 - Karar: 1966/1615 numaralı (*İSTANBUL TİCARET ODASI*) kararı şudur:

«Husumet Çalışma Bakanlığına hasredilerek dosya incelendi: — 5590 sayılı kanunda, ticaret odası işyerinin iş kanunu kapsamına alınmayacağına dair bir hüküm bulunmadığı gibi, 3008 sayılı kanunda da bu gibi işyerleri hakkında bu kanun hükümlerinin uygulanamayacağına dair herhangi bir hüküm yoktur. — Devlet, vilâyet ve Belediyelerce doğrudan doğruya işletilen müesseselerin teftiş ve mürakabesine dair tüzüğün değişik birinci maddesinin muafiyetler kısmında ise Ticaret ve Sanayi odaları ve borsaları yer almamıştır. Bu sebeple 73 işçinin çalışmakta olduğu dâva konusu işyerinin kanun kapsamına alınmasında mevzuata aykırılık bulunmadığından dâvanın reddine... oybirliğiyle karar verildi.» (aynı yolda diğer bir karar: 8. Daire, 7 Şubat 1966, **İZMİR TİCARET ODASI**, Esas No: 1964/6044 - Karar No: 1966/365, yayınlanmamıştır).

Danıştayın bu kararı, Adâlet mahkemeleri için dahi tecviz ve tasvip edilemeyecek mahiyet ve derecede, idarî uyumsuzluğu «*metinci*» bir gerekçeye ve hal suretine bağlamış ve daha vâhim olmak üzere, Yürütme organının bir kanun hükmünü tüzükle daraltıp genişletebileceğini, böylece kişilere çeşitli külfetler yükleyebileceğini zımnen kabul etmiştir.

Gerçekten 8. Daire, odalarla borsaların, İş kanunu kapsamı içine alınması için değil, dışında bırakılmasını sağlayacak özel ve açık bir hükmün mevzuatta varlığını aramakta ve fakat bu kurumların hukukî niteliğini ve mezkûr kanunun genel hükümlerini nazarı itibara almak lüzumunu duymamaktadır. Yüksek Heyet, yine aynı metod ve anlayışın sonucu olarak, konuya ilişkin tüzük maddesinin, tahlil ve münakaşasına lüzum görmeden, «muafiyet» veya istisna hükmü taşımadığı gerekçesine dayanarak, karar vermiş bulunmaktadır.

Oysa, odalar ile borsaları İş Kanunu şümulü dışında bırakan, 1941 tarihli Nizamname değildir ve olamazki, bunun 1 inci maddesini değiştiren 1963 tarihli Tüzük, adı geçen kurumları istisnalar arasında saymamakla, kanunun kapsamı içine almış ad ve kabul edebilsin! Çünkü, bir kişi veya kurumun İş Kanununun şümulüne girip girmediğini, esas itibariyle, mezkûr kanun hükümleri tayin ve tesbit eder. Sadece, İş Kanunu, 2 nci maddesiyle kapsamı içine aldığı işyerleri dışında kalan ve ancak «mahiyet ve ekonomik durumu itibariyle» mezkûr kanun ahkâmına tâbi tutulabilecek diğer işyerlerini belirtmek yetkisini, aynı maddenin (C) bendi hükmü ile Bakanlar Kuruluna vermiştir. İşte bu istisnaî hal haricinde, Yürütme organının İş Kanununun uygulama alanını başka yerlere teşmile salâhiyeti yoktur. Adı geçen kanunun 7 nci maddesinde öngörülen tüzükler kanunun şümul sahasını genişletecek hükümler taşımayıp, zaten kapsamı içinde bulunan işyerlerine bunun uygulanma şeklini gösterebilir.

Meselemizde söz konusu olan Tüzük'ün dayandığı İş Kanununun 94 üncü maddesi de, bunun kapsam alanının Bakanlar Kurulunca genişletilmesi imkânını vermemekte; 7 nci madde gibi, sadece bu hükümlerin bir kısım işyerlerinde ne yolda yürütüleceğinin düzenlenmesi yetkisini tanımaktadır.

Bu itibarla, odalarla borsaların, 94 üncü maddeye dayanan bir tüzükle Bakanlar Kurulu tarafından İş Kanununun hükümlerinden istisna edilmesi veya şümulü içerisine alınması hukukan mümkün değildir.

Bakanlar Kurulu, adı geçen kurumları, «mahiyet ve ekonomik durumları» müsait olmadığından, aynı kanunun 2 nci maddesinin (C) bendine istinad eden bir kararname ile de İş Kanunu kapsamına ithal etmeğe yetkili sayılamaz. Çünkü, Odalar ve Borsalar, Devlet ve Mahalli idareler gibi; mahiyet bakımından, Anayasanın 112 ve 122 inci maddeleri ile 5590 sayılı kanun hükümlerinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında (12 Temmuz 1963, Esas: 1963/117 - Karar: 1963/191, R.G. 17 Ekim 1963-11533; 20 Eylül 1963, Esas: 1963/137/ - Karar: 1963/226, R.G. 19 Kasım 1963-11559) kabul edildiği veçhile, âmme hizmeti gören kamu kurumları olup, esas itibariyle, İş Kanununun kastedtiği manada «ekonomik durumları» diye bir karaktere sahip değildir. Bundan başka, İş Kanununun şümulünü tayin ve tesbit eden 1 ve 2 nci maddelerde aranan, işçi, işveren, iş akdi ve işyeri gibi unsur ve şartlardan hiçbiri, adı geçen müessesese-

lerde yoktur. Odalar ve borsalarla memur ve müstahdemleri arasındaki münasebet, akdi mahiyette olmayıp, Anayasanın 117 nci maddesinde tarif edilen ve 5590 numaralı kanun ve tüzüğünde düzenlenen statüer «memur» ilişkisidir. Bu bakımdan, Sekizinci Dairenin diğer bir kararında, bir oda memurunun işten çıkarılması disiplin kararına karşı açtığı dâvada, ilgilinin savunma hakkına riayet edilip edilmediği noktasını tartışırken, davacının, Anayasanın 117 nci maddesi gereğince memur olması itibariyle değil, 118 inci maddesine göre «kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu mensubu olduğu» için, usulü dairesinde müdafaasını yapmış bulunmasını araması, sonuçta bir fark doğurmamakla beraber; tavsif ve hukukî rejim bakımından isabetli sayılmamak gerekir (28 Şubat 1966, BELGİL, Esas No: 1965/1794 - Karar No: 1966/736, yayınlanmamıştır.). Çünkü, kamu tüzel kişileri olan odalarla borsaların, «genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler» de çalıştırdıkları personel de, Anayasanın 117 nci maddesi hükmünce, «memur» durumdadır ve bunların teminatı, 118 inci maddede belli düzenlenmiş bir meslek, san'at veya faaliyeti icra edebilmek için kayıt zorunluğu bulunan «kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekkülleri mensupları», yani üyeleri olmaları bakımından değil, «memur» sıfatları dolayısıyla yine 118 inci madde ile sağlanmıştır.

Gerçekten, odalarla borsaların, kendilerine düşen asıl kamu hizmetlerini ifa için istihdam ettiği personel, Devlet ve mahallî idarelerin memur ve hizmetlilerinden farksız işlerde ve şekillerde çalışmakta; 5590 numaralı organik ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar kanunları gereğince, özel bir sigorta, emeklilik ve sosyal yardım haklarına sahip bulunmaktadırlar. Bu kamu kurumlarında, devlet daire ve müesseselerinde olduğu gibi, odacı, hademe ve benzeri müteferrik hizmetliler ve sözleşmeli personel (1) de çalıştırılmakta ise de; bunlar ekonomik faaliyetlere yöneltilmemiş ve sırf idarî hizmetlere hasr ve tahsis edilmiş olduklarından, odalarla borsaların «işyeri», memur ve müstahdemlerinin de «işçi» sayılmasını gerektirmez. Nitekim, sözkonusu 1941 ve 1963 tarihli tüzükler, Devlet ve mahalli idarelerin asıl daire ve teşkilâtında değil, doğrudan doğruya işlet-

(1) Bahusus ki Sekizinci Daire, bu kronikte incelediğimiz, 31 Ocak 1966 tarihli TARHAN kararında, bir odanın daimi kadro ve işde sözleşme ile çalıştırılan personelini «memur», bu hukukî bağı da «idarî mukavele» saymaktadır.

tikleri müesseselerde İş Kanununun uygulanmasını düzenlemektedir. B u itibarla, mezkûr tüzüklere göre, ancak odalarla borsaların, işçisi bulunabilecek ticarî ve sınaî faaliyetlere girdikleri taktirde, bu teşebbüsleri «işyeri» kabul edilerek, yalnız bunlar için İş Kanununun kapsamına alınması hukukan caiz ve mümkündür. Yoksa, «işçi» vasfını haiz personelinin sayısı kanunî hadleri bulan ve aşan bütün resmi daire ve müesseselere de aynı tüzüklere göre, İş Kanununun uygulanması icap eder. Hiç kimse böyle bir sonucu düşünmediğinden ve kabul etmeyeceğinden; Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri gibi, odalarla borsaların da klâsik âmme hizmeti niteliğindeki faaliyetlerini ve kamu görevlisi olan personelini İş Kanunu şümü-lü dışında bırakmak zaruridir.

Kaldı ki, 14 Nisan 1941 tarihli ve 2/15592 sayılı Nizamnamenin 1 inci maddesi ve özellikle bunun (f) bendinin son cümlesi dikkatle mütalâa edilirse, görülür ki, mezkûr hükümlerde tadat edilen işler ve müesseseler, Tüzükle İş Kanununun kapsamı dışında tutulmamış ve bunlar tahdidî mahiyette sayılmamıştır. Şöyle ki, son cümlede «..... gibi münhasıran idarî mahiyeti haiz olup İş Kanununun şümü-lü dışında kalan işler müstesna olmak üzere» denildiğine göre, bunlar esasen kanunla şumul sahası haricinde bulunmakta ve «idarî mahiyet» leri bunu gerektirmektedir. Binnetice odalarla borsalar, Nizamnamenin 1 inci maddesinde yer almış olsa da, olmasa da, «idarî mahiyet» leri dolayısıyla, esasen İş Kanununun kapsamına giremeyeceklerinden, yeni metinde bu kamu kurumlarının istisnalar arasında sayılmamış olması, hukukî durumlarında bir değişiklik yapmış olmaz. Nitekim, 10 Ağustos 1963 tarihli ve 6/2053 sayılı Kararname ile değiştirilen Tüzüğün 1 inci maddesinin «ancak» diye başlayan son fıkrasında, «gibi bir iş akdine dayanmayan ve bu itibarla İş Kanununun birinci maddesindeki işçi tarifine girmeyecek vasıfta kimseler çalıştıran işler» in, umumî ve mutlak olarak, mezkûr kanunun kapsamı dışında kaldığı açıklanmış ve saptanmış bulunmaktadır. Ama, yeni tüzüğün yürürlüğe konması üzerine, Çalışma Bakanlığının çıkardığı 13 Eylül 1963 tarihli ve 9 numaralı Genelge'de ifade ettiği gibi, «ticaret ve sanayi odalarıyla borsalar , esasen özel iş yerlerinden farksız» kabul edilirse; Sekizinci Dairenin kararındaki gerekçe ve hüküm yerinde ve doğru sayılabilir. Anayasanın 122 ve 118 inci maddeleri, bu mesleki teşekkülleri «kamu kurumu niteliğinde» kabul ettiği ve 5590 numaralı

kanun da o yolda düzenlediğı sürece, bu hal sureti hukukan isabetli görülemez (2).

Lûtfi DURAN

İDARE AJANLARI VE İDARENİN MES'ULİYETİ

İDARE AJANLARI. — Oda memuru, disiplin kararı, işten çıkarma, suç ve ceza arasında maadelet.

Ticaret ve Sanayi Odaları ile Borsalar ve Birliğı hakkındaki

(2) Ancak, yine bu kronik yazılıp dizildikten sonra elimize geçen bir yeni yayında münderiç 11 Şubat 1966 tarihli ve Esas: 1965/465 - Karar: 1966/218 numaralı kararında Danıştay Dâva Daireleri Kurulu, Kalkınma programı çerçevesinde bir sanayi bölgesi kurmak üzere Ticaret ve Sanayi Odasının kamulaştırma yapmağa yetkili olup olmadığı noktasından çıkan bir uyuşmazlığı çözümlerken, «Ticaret ve Sanayi Odaları Anayasasının 33 ve 112 nci maddelerinde sözü geçen kamu tüzelkişisi olmayıp 122 nci maddesinde sözü edilen (kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları) ndandır. Bu hale göre Anayasaya dayanılarak ticaret ve sanayi odalarına kamulaştırma yetkisi tanınamaz.» (Danıştay Kararları 1965-1967, s. 251) demek suretiyle, Çalışma Bakanlığınıniki kadar garip bir gerekçeye dayanmıştır. Daha garip olan cihet, bu muhakeme sistemini açık ve kesin olarak koyduktan sonra Yüksek Hey'etin, «6830 sayılı Kanunda (İstimlâk), bu kuruluşlara vücut veren 5590 sayılı kanunda da odaların kamulaştırmaya yetkili bulunduğuna dair bir hüküm yoktur.» diyerek, kendi anlayışına göre Anayasa'ya aykırı düşecek müsbet bir kanun hükmü araştırmak ihtiyaç ve lüzumunu duymasıdır.

Oysa, oda ve borsaların, eski ve yeni Anayasalarımız rejiminde ve 5590 numaralı kanun gereğince, birer kamu tüzelkişisi ve bunların kamu kurumu türünden olduğunda zerrece şüphe ve tereddüt edilemeyeceğı gibi; 6830 sayılı İstimlâk Kanunu âmme hükmî şahıslarına ve müesseselerine kamulaştırma yetkisini tanıdığına göre, bu meslekî teşekküllerin kendilerine verilen kamu hizmet ve teşebbüslerinin yürütülmesi için gayrimenkul istimlâkine selâhiyetli bulunduğu bedihîdir. Şu kadar ki, pilot sanayi bölgesi tesisi, yani enfastrüktürü hazırlandıktan sonra kamulaştırılan parsellerin istiyen özelkişilere dağıtım ve satışının Ticaret ve Sanayi Odalarının görev ve yetkileri alanına giren bir hizmet ve teşebbüs olup olmadığı tartışılabilir ve belki olayda Odanın bu noktadan, yani işlemin maksat unsuru bakımından, istimlâk yapmasının hukuken caiz ve mümkün bulunmadığı sonucuna varılabilir. Fakat, kamu kurumu niteliğindeki meslekî teşekküllerin kamu tüzelkişisi olmadığı ve sırf bu sebeple, 6830 sayılı kanuna göre, kamulaştırma işlemi yapmağa yetkili bulunmadığı ifade ve kabul edilemez.

5590 sayılı kanunun 86 ncı maddesi, bu meslekî teşekküllerde çalışan memur ve hizmetlilerin statülerinin düzenlemesini tüzüğe bırakmıştır. Bakanlar Kurulunun 21 Mayıs 1951 tarih ve 3/13070 sayılı kararname ile yürürlüğe koyduğu ilgili tüzükte, sözkonusu personel hakkında bazı statü hükümleri mevcut ise de; disiplin bakımından sadece 103 üncü madde ile «işten çıkarma» müeyyidesi öngörülmüş ve bunu gerektiren sebepler teker teker sayılmıştır. Oysa 5590 sayılı kanunun 86 ncı maddesi, memur ve hizmetlilerin disiplin suç ve cezalarının derece derece ve türlü şekilde tâyin ve tesbiti imkânını vermektedir.

Bir ticaret odası, görevlendirdiği işe gitmemekte ısrar eden ve âmirlerinin vâki davetine icabet etmeyerek «emirlerine fiilen ve yazı ile karşı gelen» bir memurunu işten çıkarmağa karar vermiştir. Tüzüğün 103 üncü maddesinin (4) numaralı bendi, memurun bu tutum ve davranışını, işten çıkarılması için yeterli bir sebep kabul etmiş olduğu halde; Danıştay 8. Dairesi aşağıdaki 22 Kasım 1966 tarihli ve Esas: 1965/2040 - Karar: 1966/2793 numaralı «ARTEL» kararıyla, disiplin işlemini iptal etmiştir.

«Davacının, amirinin vâki davetine icabet etmemiş olması sebebiyle hakkında ihraç gibi çok ağır bir cezanın uygulanmasında adalet ve nasa-fet ilkelerine uyarlık olmadığından, dava konusu kararın iptaline..... cybirliğiyle karar verildi.»

Bu «pretorien» içtihad, eski 788 sayılı Memurin Kanununda ve özellikle yeni 657 numaralı Devlet Memurları Kanununda kabul edilen (meslekî suçlar tahdidî olarak veya hiç sayılmadan) disiplin cezaları sisteminde belki isabetli sayılabilir. Nitekim Danıştay, ötedenberi, suç ile ceza arasında maadelet esasını aramakta ve uygulamaktadır.

Ancak, meslekî disiplin rejimi, adlî suç ve ceza sisteminden, mahiyet ve gaye itibariyle, farklı olduktan başka;; oda memur ve hizmetlilerinin statü hükümleri, yetkili organlara inzibat konusunda, «takdir kudreti» tanımayıp, «bağlı yetki» verdiğiinden, bunlar hakkında suç ile ceza arasında maadeletin gözetilmesi ve sağlanması hukukan mümkün değildir.

Gerçekten, yukarıda belirtildiği gibi, Tüzüğün 103 üncü maddesi, sözkonusu personel için yalnız bir disiplin müeyyidesi koymuş ve bunun sebeplerini de yegân yegân tadat etmiştir.

Yetkili organlar, memur veya hizmetlilerin fiil ve hareketi bu sebeplerden birine uygun ise, kendisine işten çıkarma cezasını vermekten başka bir müeyyide uygulayamaz. Şayet Danıştay, yukarıdaki kararda yaptığı gibi, bu suretle zorunlu olarak verilen işten çıkarma kararını, maadelet esasına aykırı bulup iptal ederse; odalar, borsalar ve birliği personeline ya hiç ceza verilemeyecek, yahut pek nadir ve istisnaî ahvalde müeyyide tatbik edilebilecek demektir. Oysa, disiplin müeyyidesinden yoksun bir meslek statüsü tasavvur ve kabul edilemez.

Bu itibarla, mezkûr Tüzük değiştirilerek normal bir disiplin rejimi ihdas edilinceye kadar, Danıştay'ın maadelet esasına ilişkin içtihadını, odalar, borsalar ve Birliği personeli hakkında yumuşatması veya uygulamaması temenni olunur.

İDARE AJANLARI. — Oda daimî memuriyeti, Sözleşme ile istihdam, Baremin dışında ücret, Sözleşmenin yenilenmemesi, İşten çıkarma sebebi, Memurun hizmetinden istifade edilmemesi.

Bir Ticaret Odası, aslî ve sürekli hizmetlerinden birine sözleşme ile getirdiği memurun işinden artık faydalanmadığı için, mukavele müddeti sonunda, kabul edilen şart uyarınca bunu yenilemeyeceğini kendisine yazı ile bildirmiştir.

Bu memur, görevine son verildiği sırada yayınlanan Danıştay'ın Devlet Tiyatro ve Opera Sanatkârları ile ilgili 4 Temmuz 1964 tarihli ve Esas: 1964/674 - Karar: 1964/344 numaralı İçtihadı Birleştirme Kararına (R.G., 5 Mayıs 1965 - 11990; İst. Hu. Fak. Mec. Cilt XXXII, Sayı: 1, sahife 351 - 359, 1966 da L. Duran'ın notu ile) güvenerek, sözleşmesinin yenilenmeyeceğine dair olan tebliğin iptali talebi ile Danıştay'da bir dâva açmıştır.

Davayı inceleyen Danıştay Sekizinci Dairesi, Odanın kararını, aşağıdaki 31 Ocak 1966 tarihli ve Esas: 1965/1450 - Karar: 1966/345 numaralı «*TARHAN*» hükmü ile iptal etmiştir:

Ticaret Odaları 5590 sayılı yasaya göre kurulmuş birer kamu kurumlarıdır. Kamu hizmetinin yürütülmesi için yapılan sözleşmeler idari sözleşmelerdir. Bunların uygulanmasından doğan anlaşmazlıkların çözüm yeri Danıştaydır. Bu sebeple davalı idarenin göreve ilişkin beyanları yerinde değildir. Süre def'ide varit görülmeyerek işin esasına geçildi.

Davacı, ticaret odası Dış Münasebetler Müdürlüğünde 11.3.1963 gününden başlamak üzere bir yıl süreli sözleşme ile işe alınmış ve sözleşmenin ikinci yılının bitiminden önce alınan bir kararla, sözleşmenin yenilenmeyeceği ve böylece görevine son verildiği kendisine bildirilmiştir.

Davalı Odanın Teşklât ve Personel Yönetmeliğinin 20 - 45 ve 73. maddesi Dış Münasebetler Müdürlüğü kadrosunun sürekli olduğunu ortaya koymaktadır. Böyle bir kadroda ise ancak daimi memur çalıştırılacağı açıktır. Davacıda bu statüye dahil bulunduğu ve amme hizmetinin yürütülmesine bir idari sözleşme ile katılmasının bu hukuki durumu değiştirmeyeceğine göre, görevine son verilmesi işleminde Oda daimi memur ve hizmetlilerine uygulanan 5590 sayılı Kanuna ait tüzüğün 103 ncü maddesi hükmüne tabi olması gerekir. Kaldı ki daimi memurlar hakkında yürürlükte olan mevzuat hükümlerinin davacıya da uygulanacağı sözleşmenin I. ve IV. maddeleriyle de kabul edilmiştir.

Tüzüğün 93. maddesi, davacının sözleşme yoluyla işe alınma sebebinin, Odanın dış münasebetler gibi önemli mevkiinde tüzükle tahdit edilmiş bulunan yüksek ücret ödeme imkânsızlığını bertaraf etmek amacını güttüğünü göstermektedir. İdarenin sözleşmeyi yenilememek yolundaki kararında tüzüğün 103 ncü maddesindeki sebeplerden hiçbiri gösterilmediği gibi savunmada davacının hizmetinden istifade edilmediği yolunda ileri sürülen iddiada maddi delillerle doğrulanmadığı ve dosyadaki belgelerden bu hususun yersiz olduğu anlaşılmıştır.

Bu sebeplerle sözleşmenin yenilenmemesi yoluyla davacının işine son verme işleminde hukuka ve yasaya uyarlık bulunmadığından, iptaline oybirliği ile karar verildi.

Bu karariyle, Danıştay 8. Dairesinin 15 Ocak 1964 tarihli «Kutucuoğlu» (Esas: 1963/9879 - Karar: 1964/121, İst. Huk. Fak. Mec. Cilt XXX, Sayı: 1-2, sahife 418-447 de L. Duran'ın notu ile, Danıştay Kararlar Dergisi, sayı: 93-94 sahife: 390-392) ve yukarıda işaret edilen İçtihadı Birleştirme kararlarında tebeyyün ve teessüs eden içtihadı, *biraz da zorluyarak*, diğer sözleşmeli idare ajanlarına da teşmil ve tatbik ettiği anlaşılmaktadır.

Şöyle ki, Yüksek Hey'et, Oda yönetmeliğinde davacının kadrosunun sürekli olduğunu müşahade ve böyle bir kadroda ancak daimî memur çalıştırılabileceğini tesbit edince, ilgilinin amme hizmetinin yürütülmesine bir idarî sözleşme ile katılmasının, statülü hukukî durumunu, değiştirmeyeceğini kabul etmek gibi izahı güç bir çelişmeye düşmüştür.

Diğer taraftan, «Kutucuoğlu» ve İçtihadı Birleştirme kararlarında, Tiyatro ve Opera sanatkârlarının sözleşmeli ajan olmalarına, Barem kanunlarının dar ve sınırlı imkânları içinde uygun ücretler verilemeyeceği gerekçe olarak gösterilmiş olduğu için, Odanın önemli memuriyetlerinde çalıştırılacaklara yüksek ücret ödenmesine Tü-

züğün 93 üncü maddesindeki barem cetvelinin elvermediğini belirtmek lüzumu duyulmuştur.

Netice olarak, Yüksek Mahkeme, Oda daimî kadrosunda sözleşme ile istihdam edilen memurların da, ancak Tüzüğün 103 üncü maddesindeki sebeplerden biri bulunduğu takdirde işten çıkarılabileceğini, sözleşmenin yenilenmemesi yolu ile görevlerine son verilemeyeceğini içtihat ve kabul etmiştir.

Halbukî, «Kutucuoğlu» ve İctihadı Birleştirme kararlarındaki içtihadın uygulanabilmesi için aranan şartlardan hiçbiri, oda daimî memuriyetlerinde çalıştırılan sözleşmeli personelde gerçekleşmiş değildir ve olamaz.

Herşeyden önce, 5441 sayılı kanunun 5 inci maddesi, sanatkârların birer yıl süreli sözleşme ile istihdamlarını derpiş ve tasrih ettiği halde; 5590 numaralı kanun ve Tüzüğü, odaların daimî memuriyetlerinde mukaveleli personel çalıştırılmasını, kabul etmek şöyle dursun, zımnen menetmiştir.

Çünkü, Tüzüğün 96 inci maddesi sadece «Muvakkat memur ve hizmetliler bu tüzük hükümlerine tâbi değildir. Bunların ücretlerinin tayini yönetim kurullarına aittir.» demek suretiyle, odanın sürekli hizmetlerinde sözleşme ile personel çalıştırılmamasını ifade ve emretmiştir. Bunun gibi, aynı tüzüğün 97 nci maddesi, «Odalarla borsalar, işlerinin mahiyetine ve görülen lüzum ve zarurete binaen, yevmiyeli memur istihdam edebilirler. Ancak bu gibi memurlar bu tüzükte tanınan haklardan istifade edemezler» hükmü ile, daimî kadrolarda yevmiyeli personel çalıştırılmasına da imkân ve müsaade vermemiştir.

Odalarla borsalar, ancak tüzüğün yukarıda zikredilen 96 ve 97 inci maddeleri çerçevesinde muvakkat memur ve hizmetliler ile yevmiyeli memurları mukavele gereğince istihdam edebileceklerine göre; daimî memurları ile akdedilen hizmet sözleşmelerini hukukan batıl ve hükümsüz addetmek lâzımdır. Nitekim sözkonusu Danıştay ilâmının «Kanun sözcüsünün düşüncesi» kısmında, Oda yönetmeliğine dayanılarak, «Burada ancak 70 inci maddede gösterilen daimî memurlar istihdamı caiz olmakla beraber, dâvacı mevzuata aykırı olarak işe mukavele ile alınmış bulunmaktadır» diye yazılıdır.

Ancak, dâvacının sözleşmesinin sakat ve geçersiz sayılması halinde, uyuşmazlığın ne yolda çözümleneceği meselesi ile karşılaşılır. Sahih ve muteber olmayan bir mukavele âkidlerine herhangi

bir hak başsetmiyeceği ve borç yüklemeyeceği cihetle, sözleşmenin butlan ve hükümsüzlüğü tesbit edilerek, dâvanın hak ve vecibe fıkdanı sebebiyle reddi gerekir. Şu kadar ki, taraflar, böyle bir mukavelelenin yapılmasından kusurlu olana karşı, varsa zarar ve ziyanlarının tazminini talep ve dava edebilirler.

Fakat, hizmet sözleşmesinin bu sebep ve suretle hukukan ortadan kalkması üzerine, âkid personelin daimî memur durumuna girdiği iddia ve kabul edilemez. Zira bir kimse, ancak tâyin tasarrufu ile memur statüsüne dahil olabilir, hizmet mukavelesinin düşmesi ile daimî memur sayılamaz.

Bu bakımdan, Sekizinci Dairenin, dâvacıyı aynı zamanda hem sözleşmeli personel, hem de statülü daimî memur telâkki eden düşüncesi bağdaştırılmaz. Çünkü bu iki hukukî durum, adetâ birbirinin zıddı rejimlere tâbi olur ve sonuçlara götürür. Tiyatro ve opera sanatkârlarının hukukî durumu, bir yandan sözleşmeli, öte yandan statülü sayılmakta ise de; bu karma rejim 5441 sayılı kanunun özel ve açık hükümleri ile sağlanmış bulunmaktadır. Odalarla borsalar daimî memurlarının zorunlu kanunî statü durumu, içtihat yolu ile, karma hukukî rejime çevrilemez ve benzetilemez.

Binaenaleyh, mukavelede statü hükümlerine yapılan atıflar, ancak sözleşmeli personel durumu ile kabili telif bulunan hak ve vecibelere mahsus ve münhasır olup, Tüzüğün 103 üncü maddesindeki disiplin rejimine aslâ şamil sayılamaz. Gerçekten, statülü memur ile sözleşmeli personel arasındaki en önemli fark, işten çıkarma sebep, şekil ve şartları konusunda görülür.

Odanın Dış Münasebetler Müdürlüğü gibi önemli ve sürekli bir mevkide sözleşme ile personel istihdam etmesinin sebebi, kararda açıklandığı ve dayanıldığı üzere, Tüzüğün 93 üncü maddesinde yüksek ücret ödemenin tahdit edilmesi olarak kabul edilemez. Zira mezkûr maddenin 2 ncifıkrası hükmü, «*mütehassıs memurlara meclisleri karariyle maaşlarından başka ayrıca tazminat da veril*»mesini derpiş ve tecviz etmiş bulunmaktadır. Maaşlar, maddede yer alan cetveldeki rakamlarla dondurulmuş ise de; tazminat miktarı sınırlanmış değildir.

Bu itibarla, Odalarla borsalar, daimî memuriyet kadrolarında kıymetli ve nazlı elemanlar çalıştırmak istediği takdirde; sözleşme yoluna gitmeden, bunları tatmin edebilecek kadar ücret vermek imkân ve yetkisine sahiptir.

Nihayet, bu olayda sözleşmenin bâtil ve hükümsüz olduğunu kabul ettiğimiz için, daimî memurlar hakkında uygulama yeri bulunmayan hizmetlerinden istifade edilmeme halinde muvakkat veya yevmiyeli bir memur ile geçici hizmetlilerin, mukavele sürelerinin sonunda bu bağın yenilenmeyeceği veya devam ettirilmeyeceğinin İdarece kendilerine sahih ve muteber surette ihbar olunabileceği şüphesizdir. Aksini mülâhaza etmek, daimî memuriyet ile muvakkat vazife ve hizmetleri birbirine karıştırmaya müncer olur ki, bunların ayrı hukukî rejimlere tâbi tutulmasının sebep ve maksadı red ve inkâr edilmiş bulunur. Başka bir deyişle, İdare, sözleşme ile çalıştırdığı personeli, süresi bitince veya ihtiyacı kalmayınca, işten çıkaramıyacaksa, geçici hizmet mukavelesi neye yarar?

Binaenaleyh, özel bir kanun hükmü ile sürekli bir hizmet gören Tiyatro ve Opera sanatkarlarının sözleşme ile çalıştırılması ile ilgili hukukî rejimin ve Danıştay içtihadının, daimî memuriyetlerde mukavele ile personel istihdamı derpiş ve tecviz olunmayan, aksine yasaklanan hallere nakil ve tatbik edilmesi hukukan doğru ve yerinde sayılamıyacağı gibi; idarî bakımdan da mahzurlu ve zararlıdır.

İDARENİN MES'ULİYETİ. — İdarî işlem, Ağır hizmet kusuru, İdare ajanı, Sözleşmenin yenilenmemesi, İçtihadî hata, sorumsuzluk.

Danıştay, sakat idarî işlemlerden dolayı İdarenin sorumlu tutulması için, genellikle, muamelede ağır bir hizmet kusurunun varlığını şart koşmaktadır. Fakat Yüksek Mahkeme, bu içtihadının gerekçelerini şimdiye kadar açıklamış değildir.

Bu kronikte incelenen Sekizinci Dairenin, 31 Ocak 1966 tarihli «*TARHAN*» kararıyla, bir oda memurunun sözleşmesinin yenilenmeyeceğine dair olan işlemin iptali üzerine ilgili, sakat karar yüzünden, görevine son verildiği günden dışarda başka bir işe başladığı tarihe kadar geçen süre içinde yoksun kaldığı aylıkları ile uğradığı manevî zararın tazmini talebi ile bir tam - yargı davası açmıştır. Davalı oda, butlanına hükmedilen işlemin yapılmasının, Danıştayın 15 Ocak 1964 tarihli «*Kutucuoğlu*» ve 4 Temmuz 1964 tarihli İçtihadı Birleştirme kararının İdarece bilinmemesinden ileri

gelmiş olması dolayısıyla, sorumluluğunu gerektiren bir hizmet kusuru teşkil etmiyeceğini savunmuştur.

Danıştay Sekizinci Dairesi, bu tazminat dâvasında, aşağıdaki 13 Aralık 1966 tarihli Esas: 1966/1819 - Karar/1966/3489 numaralı «*TARHAN*» kararını vermiştir:

«Sözleşme ile çalıştırılan davacının, sözleşmenin yenilenmiyeceğine karar verilmek suretiyle işinden çıkarılması ağır bir hizmet kusuru teşkil etmeyip içtihadî bir hata niteliğinde olduğundan, tazminata hükmedilmek için ise ağır bir hizmet kusurunun mevcudiyeti şart bulunduğundan dâvanın reddine..... oybirliği ile karar verildi.»

Oysa Danıştay, 26 Aralık 1947 tarihli ve Esas: 47/83 - Karar: 47/164 numaralı içtihadın Birleştirilmesine mahal olmadığına dair bir kararında aynen şöyle demektedir:

«İdarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun mevcudiyeti esastır. İçtihadî tasarruflar, ferdin zararını mucip olur ve bu tasarrufların tesisinde hizmet kusuru tesbit edilirse, bu takdirde idarenin sorumlu tutulması tabiidir. Ancak hizmet kusuru, hizmetin mahiyetine, tasarrufun tesisindeki şartlara ve ferdin hizmet muvacehesindeki durumuna göre takdir edilmesi gereken sorumluluk unsurlarından olduğu cihetle, içtihadî tasarruflarda idarenin sorumlu olduğu veya olmadığı yolunda mutlak bir kaide konulması caiz olmayıp, bu hususun her hâdisede ayrı ayrı araştırılması icabedeceğine.....» (Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı 38-39, Sahife 41, A. Ş. Hocaoğlu, *Danıştay İçtihadî Birleştirme Kararları*, (1933 - 1948), Ankara, 1949, sahife: 126 - 127).

Bu içtihada vesile olan Dava Daireleri Umumî Heyetinin 1934 yılına ait 34/100 numaralı ilâmında, «Karar vermek salâhiyetini haiz amirlerin içtihaden dahi olsa fertler hakkında idarî bir taahhütte (!) buldukları takdirde, *Devletin veya o vaziyette bulunan müesseselerin mağdur memurun zararını tazmin etmesi lâzım geleceği*» (D.K.D. Sayı 2, sahife 18) kabul edilmiş idi. Daha sonra, Beşinci Daire, 24 Mayıs 1949 tarihli ve Esas: 48/2602 Karar: 949/1600 numaralı «*Koray*» kararında, «İdarece yapılan *muamele içtihadada mütehammil bir hususa taalluk ettiği ve ağır bir kusur telâkki olunmadığı* cihetle tazminat hükmüne mahal görülmediği» (D.K.D. Sayı 46-49, sahife 172) yolunda içtihadını kısmen yumuşatmakla beraber, yine de «*ağır kusur*» dan bahsetmektedir.

Sakat işlemlerinden dolayı İdarenin mes'uliyeti için «*ağır hizmet kusuru*» nun varlığı gerekli olmadığı gibi, genellikle idarenin

sorumlu tutulmasında *alelâde hizmet kusuru* yeterli bir sebeptir. Ancak ifası güç ve olağanüstü ahval ve şerait içinde yapılan faaliyetlerden dolayı İdarenin mes'uliyeti için «*ağır hizmet kusuru*» nun mevcudiyeti aranır. Bu istisnalar dışında İdarenin *her hizmet kusuru* nun mevcudiyeti aranır. Bu istisnalar dışında İdarenin *her hizmet kusuru*, tazmin mükellefiyetini doğurur ve hatta bazı hallerde «*kusur karinesi*» sorumluluğu için kâfidir. Esasen «*hafif kusur*» diye bir mefhum ve tehallüs beyyinesi yoktur. İdarenin hukuka aykırı işlem yapması, normal ve kanun çerçevesinde faaliyette bulunan bir teşkilâta tecviz ve müsamaha edilemeyeceğinden, bir hata ve nakise teşkil eder. Ancak İdarenin her hata ve nakisesi maddî sorumluluğunu gerektirir bir sebep sayılamıyacağı için, bütün sakat işlemlerin hizmet kusuru olarak tavsif edilmesi mümkün değildir.

Şöyle ki, sakat işlemlerinden dolayı idarenin mesul addedilmesi, genellikle, mazur görülebilecek hukukî ve maddî tavsif - takdir hatalarında, iptal edilen kararın sahîh ve muteber şekilde tekrar yapılması mümkün (takdir yetkisi) veya zarurî olan (bağlı yetki), yahut karar araya girmeseydi dahi zararın başka sebepten husule geleceği hallerde kabul edilmektedir. Meselâ *şekil* veya *yetki* cihetinden sakat bulunan bir işlem, usulüne uygun olarak aynı makam veya salâhiyetli makam tarafından yeniden yapılabileceğine göre, ortada hukuka aykırı surette verilmiş zarar sözkonusu olmıyacağından, İdare tazminata mahkûm edilemez. Bunun gibi, İdare «*bağlı yetki*» ye binaen bir karar almış ve fakat *sebeup* veya *maksat* yönünden zâhiren aykırılığa yol açmış ise, zarar nasıl olsa vuku bulacağı için İdarenin sorumluluğu cihetine gidilmemek lâzımdır. Başka bir deyişle, bu halde işlemin *sebeup* ve *konu* unsurları kanunla bağlıdır ve idare, netice itibariyle hakimî sahîh sebebi ikame etmesi suretiyle, muteber sayılan kararlar konuyu, yani sonucu elde etmiştir; ancak bununla birlikte, kanunun maksadı dışında bir amaç da güdülmüş ise, sırf bu yüzden işlem iptal edilse bile, zarar ödettilmemek gerekir. Zira İdare, bağlı yetkisi dolayısıyla, mutlaka böyle bir karar alacaktı ve zarar her halükârda doğacaktı. (R. Odent, *Contnetieux Administratif*, 1965-1966, Paris, I.E.P. Les Cours de Droit, 1966, p, 922-927; A. de Laubadere, *Traité de Droit Administratif*, 3e éd. Paris, 1963, No. 1171, p, 615; M. Waline, *Traité de Droit Administratif*, 9e éd, Paris, No. 1509 et s., p. 859 et s.; G' Vedel, *Manuel de Droit Administratif*, 2e éd. Paris 1961 p. 254 et s.; P. Duez

et G. Debeyre, *Traité de Droit Administratif*, Paris, 1952 No. 640, p. 430-431).

Şu kadar ki, takdir hataları, şekil, yetki ve maksat unsurlarındaki sakatlık sebebiyle butlanına hükmedilen idarî işlemlerde de, 26 Aralık 1947 tarihli D.D.U.H. kararında denildiği gibi, «*tasarrufun tesisindeki şartlara..... göre*» İdarenin sorumluluğunu gerektiren hizmet kusurunun mevcudiyeti kabul edilebilir. Fakat bu durumda da, «*ağır hizmet kusuru*» nun varlığına ve hükümde bundan söz edilmesine hacet yoktur; Yüksek Mahkeme, olayı ve uyuşmazlığı çevreliyen ahval ve şeraite binaen, İdarenin mes'uliyetine hükmedebilir. Ancak, «Bu gibi hallerde iptal edilen tasarrufun memur statüsü bakımından zararlı bütün neticelerini kaldırmak, *memurun her türlü zararını tazmin ve telâfi etmek icap ede*» ceği tezine katılmak mümkün olmadığı gibi; görevinden uzaklaştırılan memurun çalışmadığı süreye ilişkin «*maaşları (nın) mutlaka kendine ödlen*» mesi esası da, asla kabul edilemez (S. S. Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları* 3. bası İstanbul, 1966, Cilt II sahife 1258, 1228). Bahusus ki, bu tezin ileri sürülmesine vesile olan ve eleştirilen Danıştay Beşinci Daire'nin 24 Ekim 1950 tarihli ve Esas: 50/225 Karar: 50/2249 numaralı «*Baran*» kararı (D.K.D., Sayı: 46-49, sahife: 195), bakanlık emri işlemini salahiyet ve şekil unsurlarındaki sakatlık sebebiyle iptal etmiş ve bunun sahîh ve muteber surette tekrar yapılması kabildir. «*Maaş hizmet mukabilidir*» prensibi ise, kanunî istisnalar dışında, her ne sebeple olursa olsun fiilen çalışmayan memura maaş namıyla bir tediye yapılmasını menetmek maksadına matuftur. Bu itibarla, memurlar hakkında yapılan ve bilâhare butlanına hükmedilen her işlemde doğan tekmlil zararların, şu veya bu yoldan, mutlaka İdare tarafından tazmin ve telâfisi lâzım gelmez.

İşte, «*TARHAN*» işinde, Sekizinci Daire, «*ağır hizmet kusuru*» na yer vermeden ve dayanmadan, «*Kutucuoğlu*» ve İçtihadı Birleştirme kararları gibi yeni, çok nazik ve çetin bir konuda, sözleşmeyi yenilememe kararı verirken Odanın hataya düşmüş olmasını «*hizmet kusuru*» saymıyarak, tazminat talebini reddedebilirdi ve böyle yapması daha doğru ve uygun olurdu.

İDARENİN MES'ULİYETİ. — Belediye, İ.E.T.T. İşletmesi, Havagazı, Boru çatlaması, İdarenin tutumu, Zehirlenme suretiyle ölüm,

Destekten yoksun kalma, Maddî ve manevi tazminat, Manevî tazminat hakkı mirasçıya geçmez, Ağır hizmet kusuru, Muhatara (risque) esası, Müşterek ve müteselsil sorumluluk.

Danıştay, İdarenin tehlikeli tesisleri ve faaliyetleri yüzünden zarara uğrayan üçüncü şahısların tazminat taleplerini, muhatara (risque) esasına binaen kabul etmek fırsatını elde etmiş iken, bir kere daha «ağır kusur» sebebine dayandırarak ilgili kamu tüzel kişilerini müştereken ve müteselsilen mahkûm etmiştir.

Bu karara müncer olan «davanın özeti» ilâmda şöylece belirtilmiştir:

«Dâvacının oturduğu binanın önündeki kaldırımın altından geçen dâvalı idarelere ait havagazı borusunun çatlaması sonucunda çıkan gazların evin içine dolarak kocası İsmail'in 15-16 Ocak 1963 gecesi zehirlenmek sureti ile ölümüne sebebiyet vermiş bulunduğu, mütevaffanın mirasçıları bulunan dâvacı ile oğlu Mustafa Nuri Kılıçarslan'ın 10/4/1963 tarihinde Üsküdar Asliye Hukuk Mahkemesine tazminat dâvası açtıkları, bu dâva görülmekte iken, 31/7/1963 tarihinde aynı yerde ve aynı şekilde zehirlenmek sureti ile Mustafa Nuri Kılıçarslan'ın da öldüğü, Üsküdar Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan dâvanın görev yönünden reddedildiği ve süresi içerisinde Danıştay'a açıldığı bildirilerek dâvacının maruz kaldığı maddî zararı karşılamak üzere 25.000 lira maddi ve 5000 lira manevi tazminat ile, müteveffa Mustafa Nuri Kılıçarslan'ın uğradığı ve miras yolu ile dâvacıya intikal eden 5000 lira maddi ve 5000 lira manevi tazminatın dâvalılardan tahsili dileğidir.»

Görüldüğü gibi, bu uyuşmazlığa yol açan olay, D.D.U.H. nin 13 Haziran 1956 tarihli «Uçok» kararına (D.K.D. Sayı 74, sahife: 56-61, L. Duran, İdare Hukuku Meseleleri yeni yayın İst, 1964, sahife: 312-319 ve mütalâalar; sahife: 299-312) konu teşkil eden hadisenin aynı olup, on yıllık bir aradan sonra dahi bu kararda beliren içtihat dairesinde tazminat hükmüne bağlanmıştır.

Gerçekten davayı inceleyen Danıştay Sekizinci Dairesi aşağıdaki, 20 Ekim 1966 tarihli Esas: 1966/1711 - Karar: 1966/2753 numaralı «KILIÇARSLAN» kararıyla, tehlikeli idarî faaliyet ve tesisler konusunda «Uçok» içtihadını takip ve muhafaza eylemiştir:

«İsmail Kılıçarslan 15-16 Ocak 1963 tarihinde öldüğüne ve dâvacının 10/4/1963 tarihinde Üsküdar Asliye Hukuk Mahkemesinde açtığı dâvanın

görev noktasından reddine dair karar dâvacı vekiline 22/1/1964 tarihinde tebliğini müteakip Danıştay'a dâvanın 10/2/1964 tarihinde açılmış bulunmasına göre süre, def'i yerinde görülmeyerek işin esası incelendi:

1580 sayılı Belediye Kanununun, belediyelere tahmil ettiği zorunlu görevler arasında; yolların ıslah ve tanzimi ile iyi bir halde bulundurulması; belde halkının sağlığını koruyucu tedbirler alması ve sınaî müesseseler ve tesislerin ika edecekleri zararlara mâni olunması esasları bulunduğu gibi; 6085 sayılı Trafik Kanununu da belediyelere, yollarda trafiğin selâmetini te'min bakımından görevler vermiş bulunmaktadır. Bundan başka, 3645 sayılı kanun da İstanbul Belediyesine, İstanbul Elektrik Tramvay ve Tünel İdaresinin devamlı olarak murakabesi görevini yüklemiş bulunmaktadır. Bu itibarla, havagazı tesislerini sağlam ve dayanklı bir surette yapmakla yükümlü ve bunun sonuçlarından sorumlu bulunması tabii olan İstanbul Elektrik, Tramvay ve Tünel İdaresi ile birlikte İstanbul Belediyesinin de görev ve sorumlulukta ortaklıklarını kabul etmek zarurî olduğundan İstanbul Belediyesi Başkanlığının husumet def'i kabule şayan görülmemiştir.

Davacının Üsküdar Bağlarbaşı, Nuhkuyusu caddesi 339 numaralı binada oturduğu, evine havagazı almamış olduğu, kendisinin havagazı aboneliği bulunmadığı, hâdise gecesini yeniden düzenlenen caddenin yumuşak zeminli ve dökme çimento parkelerle döşeli kaldırımının altından geçen dâvalı idarelere ait pik denilen dökme demirden yapılmış havagazı borusunun çatlaması sonucunda sızan gazlar dâvacıya ait eve yayılarak orada yatan kocası İsmail'in zehirlenerek ölmesine sebebiyet verdiği dâva dosyası ile Üsküdar C. Savcılığının 963/112 sayılı dosyanın tetkikinden anlaşılmıştır.

Dâvacının oğlu müteveffa Nuri Kılıçarslanın dâvacı ile birlikte dâvalılar aleyhine Üsküdar Asliye Hukuk Mahkemesine açtıkları tazminat dâvası Mustafa Nuri Kılıçarslan'ın aynı şekilde ve aynı yerde zehirlenerek ölümünü müteakip görev yönünden reddedildiğine göre, adı geçene ait maddî tazminat isteme hakkının terekeye intikal edeceği ve bu hakkın miras yolu ile dâvacıya intikal edeceği ölüm hâdisesi Danıştaya dâva açılmadan vuku bulduğuna göre şahsa bağlı görülen manevî tazminat talebinin ise, miras yolu ile dâvacıya intikal etmeyeceği kabul edilmiştir.

Dâvacının evinde havagazı tesisatı bulunmadığı hususu ihtilâfsızdır.

Ölüm hadisesinin ise; evin önünden geçen havagazı borularının herhangi bir tazyik sebebiyle çatlaması neticesinde sızan gazlardan tevellüt eylediği hususu savcılık tarafından yaptırılan hazırlık tahkikatı dosyasında mevcut ve otopsi neticesinde adli tabip tarafından tanzim olunan rapor mündericâtı ile sâbittir.

Bu hâdisenin meydana gelmesinde dâvalı idarelerden;

A — İ.E.T.T. İdaresi gaz şebekesinin inşa, bakım ve onarım işlerine gerekli ihtimamı göstermiyerek şebekeyi harici tesir ve tazyiklere mukavemeti bulunmayan borulardan inşa etmek, eski havagazı borusunu daha

sağlam bir boru ile değiştirmemek suretiyle ölüm hadisesinin vuku bulmasına bu idarenin ağır hizmet kusurunun sebebiyet verdiği neticesine varılmıştır.

B — İstanbul Belediyesi ise, gerek hâdisenin meydana geldiği yerdeki yol ve kaldırımları havagazı yeraltı tesislerine zarar vermiyecek bir şekilde inşa etmemesi ve bakımlarına önem vermemesi ve gerekse 3645 ve 4762 sayılı kanunlara göre İ.E.T.T. İdaresi üzerinde haiz bulunduğu kontrol ve murakabe görevini lâıyıkı veçhile yapmamak suretiyle olayın meydana gelmesinde işlediği kusur ağır bir hizmet kusuru olarak kabul edilmiştir.

Bu sebeplere binaen vâkı zararlardan her iki idarenin müştereken ve müteselsilen mes'ul buldukları ve bu yüzden ölenin mirasçısına tazminat ödemeleri gerekli görülmüştür.

Dâvacının sosyal durumu yaşama şartları ve ileride mahrum kalacağı yardım ile kocasını kaybetmekten dolayı duyduğu elem ve ızdırabı teskin etmek amacı ile (25.000) yirmibeşbin lira maddî ve (5.000) beş bin lira manevî tazminat ile ayrıca Mustafa Nuri Kılıçarslan'dan davacıya intikal etmek üzere (5.000) beşbin lira maddî tazminat ki cem'an (30,000) Otuz bin lira maddî ve (5.000) beş bin lira manevi tazminatın İstanbul Belediyesi ile İstanbul Elektrik, Tünel ve Tranvay idaresinden müştereken ve müteselsilen tahsil olunarak dâvacıya verilmesine ve getirilen Üsküdar Cumhuriyet Savcılığı ve Asliye Hukuk Hâkimliğine ait dosyaların mahalline iadesine oybirliği ile karar verildi.»

Oğul Mustafa Nuri Kılıçarslan'ın ölümü üzerine ananın açtığı tazminat dâvası hakkında aynı mealde karar: 8. Daire, 20 Ekim 1966, **KILIÇARSLAN**, Esas: 1966/1609 - Karar: 196 6/2754, yayınlanmamıştır.

Danıştayın bu kararında işare tedilmesi gereken üç nokta vardır:

— İdareye ait bayındırlık tesisat ve eserlerinin sebebiyet verdiği zararlar, idarî eylemden neş'et etmiş sayılabilir mi?

— İdarenin tehlikeli faaliyet ve tesislerinden doğan zararlar, hizmet kusuru sebebiyle mi, yoksa muhatara (risque) esasına binaen mi tazmin ettirilmelidir?

— Manevi tazminat hakkı ve alacağı mirasçılara intikal eder mi?

A — Bilindiği gibi, eski ve yeni Danıştay kanunları, tazminat veya tam-yargı dâvalarının, idarî karar veya işlem ve idarî fiil veya eylemden doğan zararların tâmir ve telâfisi için açılabileceğini derpiş ve kabul etmiştir. Oysa, «Kılıçarslan» olayında görüldüğü gibi, İdarenin bayındırlık eser ve tesisatı da, ortada idarî bir işlem veya eylem olmadan, mücerret varlıkları veya üçüncü şahısların dahlü

tesiri ile bir takım zararlara yol açabilir. Bunları, kanunun öngördüğü işlem veya eylem kategorilerinden birine sokmak kabil değildir, bu hal ancak «İdarenin tutumu» olarak tavsif ve tevsim edilebilir. Gerçi hadisede, İstanbul Belediyesi ile İ.E.T.T. İşletmesinin mesuliyetini mucip olan halin, bu kamu tüzel kişilerinin «*menfi hareketi*» denilebilecek bir «*commission par omission*» durumu teşkil ettiğine göre, yine idarî eylemden söz açılabilir. Ancak, havagazı borusunun çatlayıp zehirlenme suretiyle ölüme sebebiyet vermesi fiili veya eylemi, İdareye ve mağdurlara nisbetle üçüncü şahıs vaziyetinde ve meçhul bulunan tazyikin âmîl veya failinin eseridir. Bu itibarla, zararın ilk sebebi yüzde yüz idarenin müsbet veya menfi bir hareketine yani eylemine atıf ve izafe edilemez.

Bu kabil olaylarda, zararın menşeinin tavsif ve tevsimi noktası, yeni Danıştay Kanununun farklı hükümlere bağladığı işlem ve eylemdeki süre aşımı bakımından düşünölmek gerektiği gibi; İdarenin mes'uliyetinin esas ve tazminatın sebebi yönünden de çok önemli ve etkili olabilir.

B — Gerçekten, tehlikeli faaliyet ve tesirlerden neş'et eden zararların, neden, nasıl ve ne zaman husule geldiği çok defa bilinmez veya tayin veya tesbit edilemez. Fakat ortada bir zarar vardır ve bu faaliyet ve tesisle hiçbir ilgisi olmayan kimse üzerinde de kalabilir. Oysa, İdare, tehlikeli faaliyet ve tesisleri, kamu yararına icra etmekte ve işletmekte olduğuna göre, bunların taşıdığı kaçınılmaz zararları, belli kişiler üzerinde bırakmayıp, toplum adına yüklenmelidir. İdarenin böylece sorumlu tutulması, hizmet kusurunun ispatı suretiyle mümkün olmayıp, ancak muhatara (*risque*) esasının uygulanması halinde kabildir.

Onun için, Fransız Devlet Şûrası, elektrik, havagazı ve hatta su işletmelerini, zabitanın otomatik silâh kullanmasını, akıl hastalarının serbestlik usullerine göre tedavi ettirilmesini, uçakların sey-rüseferini ve benzerlerini tehlikeli faaliyet ve tesislerden sayarak, bunların iras ettiği zararlardan dolayı kusursuz mesuliyete binaen İdareyi tazminata mahkûm etmektedir. (Odent, *op. cit.* p. 961-964; Vedel, *op. cit.* p. 257-263; de Laubadère, *op. cit.*, No. 1177, p. 617 et s., Waline, *op. cit.*, No. 1561 p. 881 ets. Duez et Debeyré, *op. cit.* No. 652, p. 434-442).

Danıştay ise, «*Üçok*» kararında olduğu gibi, yukarıya çıkarılan «*KILIÇARSLAN*» işinde de, üçüncü şahıs durumunda bulunan

mağdurların havagazı şebekesinden dolayı maruz kaldıkları zararları İdareye tazmin ettirmek için, «*hizmet kusuru*» ile de yetinmeyip, «*ağır hizmet kusuru*» nun mevcudiyetini araştırmakta ve tesbit etmektedir. Bu kronikte incelenen 8. Dairenin 13 Aralık 1966 tarihli «*Tarhan*» kararında sakat işlemler sebebiyle İdarenin sorumluluğu için şart koşulan «*ağır hizmet kusuru*», «*Kılıçarslan*» olayında tehlikeli bir faaliyet ve tesisat bakımından da arandığına göre; Yüksek İdare Mahkemesinin, İdarenin ancak *ağır kusurlu* bulunması halinde işlem ve eylemlerinden mesul olacağını kabul ettiği kanaat ve neticesine varmak gerekir. Halbuki, İdarenin malî sorumluluğu için, «*ağır hizmet kusuru*» nun varlığı çok istisnai hallerde has ve münhasır olduktan başka, bugün «*hizmet kusuru*» dahi kaide niteliğini kaybetmekte ve artık muhatara (risque) ve kamu yükümleri önünde eşitlik esasları da aynı derecede mes'uliyet sebepleri arasında sayılmaktadır.

C — Olayın en vahim ve hazin olan tarafı, baba Kılıçarslan'ın havagazından zehirlenip ölmesinden altı ay sonra, oğul Kılıçarslan da aynı yerde ve aynı sebepten ve şekilde vefat ederek, ana Kılıçarslan'ın bakes kalmış bulunmasıdır.

Danıştay Sekizinci Dairesi baba Kılıçarslan'ın ölümü üzerine, ana ve oğul'un müştereken açtıkları maddî ve manevî tazminat dâvası hakkındaki kararında, şu hüküm fıkrasını sevketmiştir:

«Davacının oğlu müteveffa Kılıçarslan'ın davacı ile birlikte davalılar aleyhine Üsküdar Asliye Hukuk Mahkemesine açtıkları tazminat davası Mustafa Nuri Kılıçarslan'ın aynı şekilde ve aynı yerde zehirlenerek ölümünü müteakip görev yönünden reddedildiğine göre, adı geçene ait maddî tazminat isteme hakkının terekeye intikal edeceği ve bu hakkın miras yolu ile dâvacıya intikal edeceği ölüm hâdisesi Danıştay'a dâva açılmadan vuku bulduğuna göre şahsa bağlı görülen manevî tazminat talebinin ise, miras yolu ile davacıya intikal etmeyeceği kabul edilmiştir.»

Bu hüküm fıkrasından, Yüksek Mahkemenin, manevî tazminat isteme hakkını, genel ve mutlak olarak mı, yoksa hak sahibi tarafından hayatta iken dava edilmemiş bulunması halinde mi, mirasçılara intikal etmeyeceğini içtihat ve kabul eylediği kesinlikle anlaşılamamaktadır. Çünkü manevi tazminatın intikal etmemesi prensibi, iki ayrı gerekçeye dayandırılmıştır. Şöyle ki, bu hak, şahsa bağlı olduğu için intikal etmiyorsa, daha önce dava konusu yapı-

miş bulunsa da bulunmasa da, mirasçılara geçmeyecek demektir. Şayet hadisede olduğu gibi, mahkeme önünde dermeyan edilmeden hak sahibinin ölümü dolayısıyla terekeye intikal etmeyen bir hak sayılıyorsa, bu konuda evvelce açılmış bulunan davanın mirasçılar tarafından takip ve intac olunarak tazminatın alınabileceği kabul edilmek gerekir. Kararda bu sonuncu gerekçeye itibar ve istinad edilmişse, intikal etmeme prensibi olaya yanlış uygulanmış bulunuyor. Zira gerek dâvanın açıldığı tarihte yürürlükte olan T.B.M.M. nin 171 sayılı kararı, gerek uyuşmazlığın karara bağlandığı gün mer'i olan 521 numaralı Danıştay Kanununun 68 inci maddesi hükmünce; dâva süresi içerisinde görevli olmayan yargı mercilerine gidilmesi halinde, «*bu mercilere başvurma tarihi, Danıştaya müracaat tarihi olarak kabul edilir*». Bu itibarla ana ve oğul Kılıçarslanların Üsküdar Asliye Hukuk Mahkemesinde birlikte açtıkları tazminat davası, usulü dairesinde Danıştayda yenilenmiş olduğundan, hukuken ölümden önce ikame edilmiş demektir. Binnetice ara yerde oğul Mustafa Nuri'nin vefatı, manevî tazminatın intikaline hiçbir etki yapmamak lâzımdır.

Söz konusu hüküm fıkrasının dayandığı gerekçeleri tahlil ve münakaşa etmemizin maksadı, Yüksek Hey'etin manevi tazminat hak ve alacağının mirasçılara hangi kayıt ve şartlarla intikal edebileceği meselesindeki içtihadını belirtmektir. Filhakika, Mes'uliyet ve Miras hukuklarının umumiyetle kabul edilen esaslarına göre: maddî tazminat talebi hakkı, mutlak ve genel olarak mirasçılara intikal ederse de; manevî tazminat talebi hakkı ancak hak sahibinin bunu dava etmiş veya bunun sorumlusunca kabul edilmiş bulunması takdirinde, terekeye geçer ve mirasçılar tarafından takip ve iktisap olunabilir. (H. Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, Ankara, 1961, s. 334 - 335).

İsviçre ve Belçika Hukuklarında da aynı prensipler kabul ve tatbik edilmektedir. (K. Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Dersleri, I, Genel Hükümler* 2. bası, İstanbul, 1965, sahife 297-298; R. Pirson, *Droit Belge de la responsabilité*, Paris, 1964, s. 13). Fransız Hukukunda daha ileri gidilerek, maddî ve manevî tazminat talepleri arasında ayırım yapılmaksızın, hak sahibinin açıkça feragat veya red etmemiş olması şartıyla, daha önce dava konusu olsun olmasın, manevi tazminat isteme hakkının terekeye ve mirasçılara intikal edeceği ve hattâ devir edilebileceği içtihad olunmaktadır. (H. et L. Mazeand, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 4e

éd., Paris, 1949, Tome II, p. 758-760, R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, 2e éd., Paris, 1951, Tome II, p. 94, 209-210).

Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin ve Hukuk Genel Kurulunun aşağıya alınan 3 Nisan 1963 tarihli ve Esas: 4/80-Karar: 42 numaralı ilâmı (İlmî ve Kazaî İctihatlar Dergisi, 1963, Sayı: 33, sahife: 2452) mündericatı, Yüksek Adalet Mahkememizin de, manevî tazminat hakkının intikali meselesinde aynı içtihatla olduğunu açıkça göstermektedir.

«Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin Kararı :

2 — Bir kimsenin haksız eylem sonunda yaralanıp sakat kalmasıyla duyduğu manevî elem ve acıya karşılık manevî tazminat davası açtıktan sonra ölümüyle bu davanın mirasçıları tarafından takip edilemeyeceğine ilişkin bir hüküm kanunlarımızda mevcut değildir. Medeni Kanunun manevî tazminat davası açma hakkını mirasçıya tanımadığı, nişan bozma halinde dahi açılmış olan davanın mirasçılara geçeceği yolundaki hükmü daha genel nitelikte olan ve açık bir hükümlle önlenmiş olmayan cismanî zarar halinde manevî tazminat davası da öncelikle kabul edilmelidir. Amacı bedence tecavüze uğrayan kimsenin mamelekinde çoğalma sağlamak yoluyla duyulmuş olan manevî ezayı karşılamadan ibaret olan manevî tazminat isteme hakkı doğduktan ve dâva açılması suretiyle kullanıldıktan sonra bu zararın giderilmesinin kabul edilmemesi tazminat ve mamelekin eski haline getirilmesi esaslarıyla bağdaşamaz. (A. Von Thur, Borçlar Hukukunun Umumî Esasları, Cevat Edege tercümesi, İstanbul 1953, Cilt 1, s. 122-123). O halde olayla ilgisi bulunmayan kanun maddesi ileri sürülerek davanın reddine karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.»

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı :

«Dava, ölenin yardımından yoksun kalanların Borçlar Kanununun 45. maddesinin 2. fıkrası hükmüne dayanan ve doğrudan doğruya mameleklerinde doğan bir alacağa ilişkin olmayıp miras bırakanın mamelekinde doğmuş bulunan ve miras bırakandan mirasçılara kalan maddî ve manevî tazminat alacaklarına ilişiktir. M. K. nun 539 maddesi hükmünce kanunda açıkça yazılı olanlar dışında, kalan ve ölene ait bulunan bütün haklar, mallar ve borçlar mirasçılara geçeceğinden ve bu davadaki maddî ve manevî tazminatların mirasçıya geçmeyeceği yolunda bir kanun hükmü bulunmadığından dolayı bozma kararı her yönden kanuna uygun ve direnme kararı kanuna aykırıdır.»

Türk ve yabancı adalet mahkemelerinin bu konudaki içtihatlarına mukabil Fransız Devlet Şurası, manevî tazminat hakkının mirasçılara intikali hususunda biraz sıkı ve hasis davranmaktadır.

Şöyle ki, adı geçen Yüksek Mahkeme, mağdurun ölümünün zararını mucip olan kazadan ileri gelmediği hallerde tazminat alacağıının daha önce İdare ve mahkemece kat'i surette tesbit edilmiş olup olmadığına göre, mirasçılara intikalini kabul veya reddetmektedir. Bununla beraber, tazminat alacağı kesin olarak tesbit edilmemiş olan mağdurun bu hakları mirasçılara geçer; fakat, Fransız Devlet Şurasının diğer bir içtihadına göre zarar olay tarihinde takdir edildiği için, mağdurun ölümü ile zararları sona ereceğinden mirasçılar ancak murislerinin vefat gününe kadar fiilen maruz kaldığı zararları talep ve iktisap edebilirler. Şukadar ki, Fransız Devlet Şurası 1961 yılına kadar gerçek manevî tazminat taleplerini esasen hiç kabul etmediğinden, mağdurun buna ilişkin hakkının mirasçılara intikalini öngörmediği gibi; cismanî acı ve eza ile hayatında husule gelen güçlük ve düzensizlikten dolayı şahsan müstehak olduğu tazminatın da terekeye katılmasını tecviz etmemektedir. (R. Odent, *opt. cit.*, p. 1012 bu müellifin zikrettiği kararların hepsi 1960 dan önceki yıllara aittir; R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Paris, 1954, p. 486, bu müellif Fransız Devlet Şurasının aksi içtihadı zımnen benimsediği söylenebilecek şu kararını zikretmektedir: C. E., 22 Oct. 1951, *Loevenbruk*, Recueil p. 494).

Binaenaleyh, Fransız Devlet Şurasının, 1961 de *Letisserand* kararı ile gerçek manevi tazminat taleplerini de is'afa başladıktan sonra, Fransız Temyiz Mahkemesi gibi, bu baptaki hakkın mirasçılara intikalini ve başkalarına devrini içtihat ve kabul edeceği tahmin olunur.

Danıştay Sekizinci Dairesi, «*KILIÇARSLAN*» kararında, Fransız Devlet Şurasının içtihad ve tatbikatını takip etmiş ise; Mustafa Nuri tarafından talep edilen maddî tazminatın da miras yolu ile ana-sına inikalini kabul etmemesi gerekirdi. Çünkü, oğul Kılıçarslan'ın istediği maddî tazminat babasının ölümünden kendisinin yetişmesine kadar geçecek sürede hayat şartlarını ve imkânlarını düzeltmek için takdir ve hükmedilecektir. İlgili altı ay sonra vefat ettiğine göre, artık ortada tamir ve telâfisi mümkün bir durum, yani zarar kalmamıştır; binnetice tazminat da lâzım gelmez, diye düşünülebilirdi.

Ancak, tazminat hakkı ve alacağı, zararın vuku bulduğu tarihte doğduğuna göre; o gün mağdurun mamelekine dâhil olur. Tazminatın takdir ve tesbitinde olay veya hüküm tarihinin esas alınması

noktasından benimsenecek değişik içtihad, bunu talep hakkının intikal veya devri meselesine etki yapmamalıdır. Mutazarrırın mamelekine giren ve ölümü ile terekesine ve dolayısıyla mirasçılara intikal eden tazminat hakkının veya alacağının, maddî olsun, manevî olsun, bütün zararlarını kapsaması tabii ve zarurîdir. Gerçi manevi zarar şahsi ve hattâ enfüsîdir; lâkin bunun tamir ve telâfisini sağlayan tazminat nakdî ve mamelekîdir. Bu itibarla, mağdurun malvarlığında ve ölümü halinde terekesinde yer alır.

Bütün bu sebep ve mülâhazalara binaen, Yüksek İdare Mahkememizin, Mes'uliyet ve Miras hukuklarının genel prensiplerinden olan manevî tazminat talebî hakkının mirasçılara intikalî esasını, Yüksek Adalet Mahkememiz ve yabancı jürisprüdans ve doktrin gibi, kabul ve tatbik etmesi temenni olunur.

Lûtfi DURAN

İMAR VE İNŞAAT

İMAR VE İNŞAAT. — Belediye imar plânları, Plânın izah raporu, Binaların yola ve komşuya mesafeleri, Detaylı Blok etüdleri, Plân gibi tasdike tabidir, İnşaat ruhsatı, Bir yıl içerisinde yapıya başlanmalı, Yapı yeri gösterme işlemi, İnşaata başlama izni, Duruşmada fen adamı dinlenmesi, Kararın düzeltilmesi istemi.

Beldelerin, mimarî ve şehircilik bakımından, düzenli ve medeni bir şekilde gelişmesi için, başta Anayasa olmak üzere, belediye mevzuatı ve özellikle İmar Kanunu ve Tüzüğü ile her mahallî idarenin yapacağı imar yönetmelikleri ve çeşitli imar plânları, bu konuya uygulanması gereken normlar hiyerarşisini teşkil eder. Bu itibarla, belediye sınırları ve imar bölgesi içerisinde yapılacak her türlü resmî ve hususî inşaat, tadilat ve tamirler için mahallî makamlarca verilecek ruhsat, yapı yeri gösterme ve yapıya başlama izinleri, sözkonusu hukuk kurallarına derece derece uygun olmak lâzımdır. Bazı hallerde, İmar plânı ile inşaat ruhsatı arasında yer alan detaylı blok etüdleri, imar düzenine önemli etki yaptığından, plânın tanzimi usulüne tâbi olarak gerçekleştirilebilir.

Böylece, belli bir inşaatın vücade getirilmesinde, belediye tarafından yapılan işlemlerin, aşağıdan yukarı doğru sırasıyla ilgili

normlara uygun olması, aradaki kurallardan biri üst kaideye aykırı bulunurssa, görevli ve yetkili yargı merciinin önce bu hukuka aykırılığı nazara alıp, usulü dairesinde ortadan kaldırması, daha sonra, varacağı sonuca göre, uyuşmazlığın esasını çözümlemesi zaruridir.

Danıştayın imar ve inşaat işlerinde görevli ve yetkili hey'eti olan Altıncı Daire çok zaman işte bu normlar hiyerarşisi esasını gözönünde tutmıyarak iptali istenen ruhsatın yapı yeri gösterme işleminin veya inşaat başlama izninin sadece bir üst hukuk kurallına, meselâ plânın iza h raporuna veya mevzii plâna uygunluğunu araştırmakla yetinmekte, bunları da isabetle yorumlayıp uygulamaktadır. Nitekim yüksek dairenin önce dava, sonra da tashihi karar şeklinde iki defa incelediği «YAMANTURK» işinde, muhakeme metodu aynen bu yolda olmuştur.

Gerçekten, bu uyuşmazlığı çözümlleyen 8 Haziran 1966 tarih ve Esas: 1965/4193, Karar: 1966/2429 numaralı ilk ilâmın «*Davanın özeti*» kısmında, olay ve davacıların iddia ve gerçekleri, şöylece, pek güzel belirtilmiştir:

«Etiler Garanti Mahallesiinde sahibi buldukları 1072 ada ve 126 parsel bitişik 130 parselde inşasına başlanılan, İstanbul Sigortalı Su mühendisleri Mahdud Mes'uliyetli Yapı Kooperatifinin inşaat ruhsatına itirazla, imar plânına göre inşaatın Kuzey Batı ucunda yoldan enaz 15, Güney-Doğu ucunun ise yoldan enaz 8 metre uzaklıkta olması gerekirken, Kuzey-Batı tarafında 10 diğer tarafta 5 metre olmak üzere, yapı yerini tecavüz ettiği ve dâvalı Belediyece (İstanbul) verilen 27.12.1963 tarihli inşaat ruhsatının bu durumu tecviz ettiği cihetle kanuna aykırı olduğu, ruhsatın verildiği tarihten sonra 1 yıl geçtiği halde inşaat başlanmadığından 6785 sayılı kanununun 10 uncu maddesi gereğince ruhsatın hükümsüz olduğu gibi, 11.6.1963 tarih ve 2570 sayılı avan projeye de aykırı bulunduğu, avan projenin ise imar plânına uygun olmayıp plânın tâdilini gerektirir nitelikte bulunduğu ileri sürülerek 27.12.1963 tarih ve 8219 sayılı ruhsatın ve yer gösterme işleminin iptali isteğidir.» Bu hülâsada iyice tebarüz etmeyen noktalardan biri; detaylı blok etüdü demek olan avan projenin 11.6.1963 tarih ve 2570 sayı ile Belediye Meclisinden geçirildikten sonra, İmar Kanununun 29 uncu maddesi gereğince, İmar ve İskân Bakanlığının tasdikine iktiran etmemiş olması; diğeri, dâvada Belediyece verilen veya verilmesi gereken

inşaata başlama izninin de, binnetice sakatlığı dolayısıyla, iptalinin talep edilmiş bulunmasıdır. Davalı İdare savunmasında, bu noktalara ve butlan iddialarına hiç temas etmemiş; inşaatın yola olan mesafelerinin aşılmış olmasını ise, sadece plânın izah raporuna dayanarak karşılamaya çalışmıştır.

Danıştay Altıncı Dairesi bu uyuşmazlığın başında yürütmenin, yani inşaatın durdurulmasını kabul etmiş olduğu halde, sonuçta aşağıdaki kararlar davayı reddetmiştir:

«İmar plânında yalnız işaret olarak çizilmiş ve üzerinde ölçüleri gösterilmemiş (şematik) kitlelerde, plân üzerinde ölçü yolu ile değerlendirme yapılamayıp ancak detaylı blok etüdlerinde, bu etüdlere İmar ve İskân Bakanlığınca onaylanması halinde, plân üzerinde ölçme yoluyla uygulama yapılabilir. Bu durumda imar plânında yalnız işaret olarak gösterildiği ihtilâfsiz olan dava konusu yapıda da mevzii imar plânı üzerinde ölçüm yapılarak yapının plânda yola olan mesafesi ve komşu mesafesi bakımından durumunun tesbiti mümkün bulunmamaktadır. Dosya içinde mevcut Garanti Mahallesi mevzii imar plânı raporunda» (Blok ve diğer evler yalnız işaret olarak çizilmiştir) Bloklar 10 veya 12 metre genişliğinde ve 36 ilâ 50 metre uzunluğunda gösterilmiştir. Blok genişlikleri azamî 14 metreye kadar yükselip, uzunlukları ise 2-3 metre fark edebilir. Bu ölçü değişikliğinde plânın tertibi bozulamaz.

Münferit, ikiz ve sıra evler aynı şekilde yalnız işaret olarak gösterilmiştir. Detaylı plânlarda 5 metre ön bahçe ve 4 metre komşu mesafeleri muhafaza ederek bina derinliği azamî 10 metreye kadar yükselip şekil itibarıyla değişebilir. Umumî olarak bloklar ve diğer evler yollardan asgari 5 metre arsa içerisine çekilmiştir» denilmektedir. Bu rapora göre, dava konusu blok inşaatın yoldan asgari 5 metre arsa içerisine çekilmiş bulunması icabetmekte olup, uygulamada da aynı blokun yola olan mesafesinin asgari 5 metre, komşu mesafesinin yine rapora uygun olarak 4 metre olduğu dosyanın incelenmesinden anlaşılmıştır. Bu itibarla sözü edilen mesafelerin izah raporuna, binnetice imar plânına uygun bulunmadığına dair iddianın kanunî dayanağı yoktur. Yine aynı sebeplerle izah raporunda (Detaylı blok etüdlerinde de blok uzunluklarının 2-3 metre farkedebileceği) hakkındaki açıklamanın dava konusu yapı ile ilgisi bulunmamaktadır. Yukarıda açıklanan sebeplerden dolayı davanın reddine 8.6.1966 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Görüldüğü gibi, bu kararda, verildiği tarihten bir yıl sonra yapıya başlanmış olması dolayısıyla inşaat ruhsatının hükümsüzlüğü ve avan projenin Bakanlıkça tasdik edilmemiş ve inşaatın bu nâkıs plân tadilatına da aykırı bulunması sebebiyle ruhsatın, yapı yeri gösterme işleminin ve inşaata başlama izninin batıl olduğu hakkın-

daki iddialar sözkonusu bile edilmemiştir. Oysa, kararın 3 üncü bendinde, detaylı blok etüdlerinden bahsedilirken, «*bu etüdlere İmar ve İskân Bakanlığınca onaylanması*» gereğine işaret olunmuş ve hadisede avan proje adıyla bu yolda bir teşebbüs yapılmış ve fakat muamele noksan bırakılmış olmasına rağmen, bu cihet Yüksek Hey'et tarafından nazarı itibara alınmamıştır.

Bundan başka, ihtilâflı yapı bir blok inşaat olduğu halde; kararda mesnet ittihaz edilen plânın izah raporundaki «*Blok..... uzunlukları ise 2-3 metre fark edebilir*» kaydının, «*dâva konusu yapı ile ilgisi bulunmamaktadır*» denilmekte, böylece, aynı belgenin yola ve komşuya olan mesafeleri kabul edilip, bina genişliğine ve uzunluğuna ait ölçüler reddolunmakla tenakuza düşülmekte ve imar plânını izah raporuna uygun inşaat yapılması adetâ imkânsız kılınmaktadır.

Nihayet ve daha vahim olmak üzere, ilâmın «*Raportörün düşüncesi*» kısmında açıklandığına göre; Yüksek Daire, davalı Belediye ve müdahil Kooperatifin istediği duruşma sırasında, adı geçen idareye mensup ve uyuşmazlık konusu olan avan projeyi ve inşaat ruhsatını hazırlayan ve imza eden bir «*fen adamı*» nı davacıların malûmat ve huzuru dışında dinlemek suretiyle, karar vermiştir.

Bütün bu sebepler ve davanın esasına ilişkin hükmün doğru olmadığı ileri sürülerek sözkonusu kararın düzeltilmesinin istenmesi üzerine Altıncı Dairenin verdiği 21 Kasım 1966 tarihli Esas: 966/2348-Karar: 966/5895 numaralı hüküm aynen aşağıya dercedilmiştir:

«Danıştay Dâva Daireleri ile Dava Daireleri Kurulu tarafından verilmiş olan kararlar hakkında kararın düzeltilmesi dileğinin kabulü ancak 521 sayılı Danıştay Kanununun 98 inci maddesinde yazılı sebeplerden birinin bulunması ile mümkündür.

Herne kadar kararın düzeltilmesini isteyenler, müdahil kooperatife Belediyece inşaat ruhsatının verildiği tarihten itibaren bir yıllık kanuni süre geçtikten sonra kooperatifçe inşaatla başladığını ileri sürmüşlerse de bu iddia ispat edilememiştir. Diğer taraftan düzeltilmesi istenilen kararda Garanti Mahallesi Mevzii İmar Plânı ve bu plânın izah raporu incelenmiş ve karar bu belgelere dayandırılmıştır. Zira dâvacılar sadece 130 sayılı parseldeki kooperatif inşaatına verilen ruhsat ile yapı yeri gösterme ve inşaatla başlanmasına izin verme işlemlerinin iptalini istemişlerdir. Hal böyle olunca sözü edilen inşaat ruhsatı ve diğer işlemlerin daya-

nağı olan mevzii imar plânı ve izah raporunun esas alınacağı tabiidir. Nitekim davacılar ileri sürdükleri iddialarını Garanti Mahallesi izah raporuna istinat ettirmiş bulunmaktadırlar. Plân ve izah raporunda sarahat mevcut olduğundan imar talimatnamesi hükümlerinin uygulanmasının bahis konusu olamayacağı tabiidir.

İzah raporuna gelince, bu raporda «Garanti Mahallesindeki blok ve diğer evler (münferit ikiz ve sıra evler) plânda yalnız işaret olarak çizilmiştir. Umum olarak bloklar ve diğer evler yollardan asgari 5 metre arsa içerisine çekilmiştir. Bloklar 10 veya 12 metre genişliğinde 36 ilâ 50 metre uzunluğunda gösterilmiştir.»

«Detaylı blok etüdlerinde bu ölçüler değişebilir. Blok genişlikleri azamî 14 metreye kadar yükselip uzunlukları ise 2-3 metre fark edebilir. Bu ölçü değişikliğinde plânın tertibi bozulmaz» denilmektedir.

Bu rapor sarahati karşısında imar plânında yalnız işaret olarak çizildiği ihtilâfsız olan blok inşaatta, bu yerin detaylı blok etüdü bulunmadığından mevzii imar plânı üzerinde ölçme yapılarak inşaatın yola ve komşuya mesafesi tesbit olunamaz. Bu durumda raporun «umum olarak bloklar ve diğer evler yollardan asgari 5 metre arsa içerisine çekilmiştir.» hükmünün uygulanması zaruridir. Bu itibarla sözü edilen raporun «Bloklar 10 veya 12 metre genişliğinde, 35 ilâ 50 metre uzunluğunda gösterilmiştir. Detaylı blok etüdlerinde bu ölçüler değişebilir. Blok genişlikleri azamî 14 metreye kadar yükselip uzunlukları ise 2-3 metre fark edebilir. Bu ölçü değişikliğinde plânın tertibi bozulamaz» hükmünün, ihtilâflı blokun mevzii imar plânında detaylı etüdün yapılmayıp plânda şekil olarak çizilmiş olması sebebiyle olaya uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır.

Ayrıca davacıların bilirkişi olarak nitelendirdiği fen adamının ilk duruşmadaki açıklamaları da mevzii imar plânı izah raporuna dayandığından verilen karara mesnet ittihaz olunmamıştır.

Davacıların delil olarak ibraz etmiş buldukları mimarlar odası raporu yukarıdaki açıklamalar karşısında ve izah raporunun bir cümlesinden mülhem olup, raporu kül halinde mütalâa etmemiş olması sebebiyle varit görülmemiştir. Olayın aydınlanmış bulunması bakımından davacıların keşif isteğinin kabulüne mahal görülmemiştir.

Netice itibariyle düzeltilmesi istenilen 966/2429 sayılı kararımızda mütenakız hükümler bulunmadığı ve davacıların iddiaları izah olunan sebeplerle Danıştay Kanununun 98 inci maddesinde yazılı sebeplerden hiçbirine uymadığından düzeltme isteminin reddine oyçokluğu ile karar verildi.»

Danıştay 6. Dairesinin «YAMANTÜRK» işinde ittihaz ettiği bu ikinci karar vesilesiyle, üzerinde durulması gereken önemli noktalar şunlardır :

1° İnşaat ruhsatının taşıdığı tarihe göre, bir yıl içinde yapı faaliyetine başlanmamış olduğunu ayrıca ne gibi delille ispat etmek lâzım ve hatta mümkündür?

2° Detaylı blok etüdüleri yapılmamış inşaatın imar plânına ve mevzuatına uymak zorunluğu yok mudur? Bu bakımran izah raporu ile yetinilebilir mi?

3° Yüksek Mahkeme, dâvalı idarenin, üstelik ihtilâflı işlemlerle doğrudan doğruya ilgili bir memurunu, «fen adamı» sıfatıyla duruşmada dinleyebilir mi?

4° Tesbiti delâil yolu ile bilirkişilerin verdiği mütenakız raporlar karşısında kalan Yüksek Dairenin, yeni bilirkişi incelemesi yaptırmadan hüküm tesis etmesi doğru ve yerinde olur mu?

1 — Kararda, «Belediyece inşaat ruhsatının verildiği tarihten itibaren bir yıllık kanunî süre geçtikten sonra Kooperatifçe inşaata başlandığı ileri sürülmüşse de bu iddia ispat edilememiştir.» denilmekte ise de; ruhsatname tarihi 27 Aralık 1963 olduğuna ve birinci ilâmın «Raportörün düşüncesi» kısmında, süre aşımı def'inin varit bulunmadığı gösterilmek için, tesbiti yapan bilirkişi raporuna istinaden, inşaatın 1965 Mayıs ayında başladığı kayıt ve kabul edildiğine nazaran, arada bir yıldan fazla zaman geçtikten sonra yapıya başlandığı dosyadaki evrak ile sabittir. Bu cihetin daha başka nasıl ispat edilebileceği, doğrusu merak konusudur.

2 — Düzeltme istemi üzerine verilen hükümde, «Plân ve izah raporunda sarahat mevcut olduğundan imar talimatnamesi hükümlerinin uygulanması bahis konusu olamayacağı tabii» sayılmakta, detaylı etüdüleri yapılmamış blok inşaatta imar plânına da itibar edilmeyerek, sadece bunun izah raporu ile yetinilmekte ve sonuç olarak da bu çeşit yapıların hiçbir kayıt ve şarta bağlı bulunmadığı kabul edilmektedir.

Bir kere karardan nakledilen yukarıdaki cümle, Hukukun Genel Prensiplerinden olan normlar hiyerarşisi esasını gerekçesiz red ve inkâr ettiğinden; bunun tahlil ve tenkidine mahal ve lüzum yoktur. Çünkü bütün mesele aşağıda açıklanacağı gibi, zaten plân ve izah raporundaki sarahatin üst normlara uygun olup olmadığıdır.

Gerçekten Yüksek Heyet, davayı esastan reddederken, özellikle «Bu itibarla, sözü edilen mesafelerin izah raporuna binnetice imar plânına uygun bulunmadığına dair iddianın kanunî dayanağı» olmadığı mucip sebebine istinat etmektedir.

Ancak izah raporu değerlendirilirken,

- a) İstanbul Belediyesi İmar Talimatnamesi nazara alınmadığı,
- b) Bu rapor kül halinde mütalâa edilmediği,
- c) İdarenin imar plânında teşebbüs ettiği ve yarıda kalan değişiklik gözönünde tutulmadığı için yanlış bir hükme varılmıştır. Şöyle ki:

a) Mevzii imar plânları ile izah raporları, İmar Talimatnamesine istinaden hazırlanıp çıkarıldığından, bu tanzimi tasarrufa aykırı hüküm ve esasları ihtiva edemezler. Bu itibarla, bir imar plânının izah raporu, İmar Talimatnamesinin ışığı altında tahlil ve takdir edilmek gerekir. Aksi halde, önce plânın, sonra da raporun Talimatnameden inhiraf edebileceği manası çıkar ki, hukuk kaideleri ve tasarruflarının hiyerarşisi prensibi ihlâl edilmiş olur.

Binaenaleyh, Garanti Mahallesinin imar plânı ve bunun izah raporu ancak İmar Talimatnamesine aykırı düşmeyecek şekilde yorumlanıp uygulanabilir. İşte bu esasa binaendir ki, olayda söz konusu olan belgeler ve inşaat, üstün hukuk kuralı olan İmar Talimatnamesinin 30 ve 31 inci maddeleri dairesinde değerlendirilmek gerekir.

Bunun gibi adı geçen talimatname, uyuşmazlık konusu blok inşaatla ilgili olarak, 73 üncü maddesinde, «ayrık bloklarda bina derinlikleri birbirlerinin aynı olacaktır»; 84 üncü maddesinde de, «İmar Plânında tesbit edilen derinlikler üzerinde rakkam bulunmadığı takdirde plân mikyasiyle ölçülerek derinlik ona göre verilir. Bu gibi hallerde evvelce verilmiş komşu bina derinlikleri nazarı itibara alınacaktır» amir hükümlerini sevketmektedir.

İmar Talimatnamesinin 30 uncu maddesinin «Tasdikli imar plânı veya raporlarında inşaat nizamları tesbit edilmiş olan yerlerde bu nizamlar değiştirilemez.» hükmü, yukarıya nakledilen 73 ve 84 üncü maddeler âhkâmı ile birlikte, inşaat nizamı tesbit ve hattâ kısmen icra edilmiş bulunan Garanti Mahallesinin imar plânı ile izah raporuna tatbik edildiğinde, şu sonuçlara varılır.

aa) Garanti mahallesinin imar plânı, ayrık blokların yollara mesafelerini tesbit etmiş olduğuna göre, izah raporundaki «Umum olarak bloklar ve diğer evler yollardan asgarî 5 metre ursa içerisine çekilmiştir» ibaresi, plânda mevcut yol mesafelerinin en az olan uzunluğunu açıklıyor demektir. Yoksa mesafeleri plânda tesbit edil-

miş bulunan herhangi bir blokun bu asgari mesafeye kadar uzatılabileceği mânâsına gelmez. Bu takdirde, plânın yol mesafelerini göstermiş olmasının hiçbir kıymeti ve tesiri kalmazdı. Nitekim ihtilâflı blok inşaat için imar plânında yollara mesafesi 10-15 metre olarak tesbit edilmiş ve daha önce yapılan emsali de bu esaslara uygun bulunmuştur. Oysa müdahil kooperatif, binasını bu ölçüleri 8-10 metre aşarak ve yalnız 5 ve 3 metre mesafe bırakarak inşa etmiştir.

bb) Garanti Mahallesi yeniden inkişaf etmekte olan bir imar bölgesidir ve ihtilâflı inşaatın önce bu mevkide imar plânına uygun olarak çeşitli binalar yapılmış bulunmaktadır. Şimdi, Kooperatifin inşaatına bu müesses ve uygulanmış imar nizamına aykırı olarak müsaade etmek, Talimatnamenin 31 inci maddesindeki usule riayet edilmeden, 73 ve 84 üncü maddelerin ihlâline göz yummak demek olur. Şayet izah raporu, bunu tecviz edecek bir mânâ ve hükmü mutazammın ise, bu takdirde söz konusu ibare Talimatnameye aykırı olduğu için nazara alınmamak veya mukaddeme iptal edilmek lâzımdır.

Mamafih, izah raporunun böyle bir anlam ve hüküm taşıdığı kabul edilemez. Aksine izah raporu, «Blok genişlikleri azamî 14 metreye kadar yükselip, uzunlukları ise 2-3 metre fark edebilir. Bu ölçü değişikliğinde plânın tertibi bozulamaz.» ibaresiyle, imar plânında tesbit edilen yol mesafelerini titizlikle korumuş bulunuyor. Buna rağmen yüksek heyet, izah raporunun ihtilâflı inşaat müsaait bulunduğu kanısında ise; o halde İmar plânına ve Talimatnameye aykırı olan ibareyi hükümsüz saymak veya iptal etmek mevkiinde idi.

b) Yüksek Dairenin, kararına naklettiği izah raporunun ifadelerini bir bütün halinde mütalâa etmediği, sadece bazı kısımlarını nazara alıp, diğer yönlerini ihmal ve bertaraf ettiği açıkça anlaşılmaktadır.

Şöyleki, mezkûr raporda, «Umum 1/2000 mikyaslı plânda dört katlı bloklar bütün sahada işlenmiş ve yerleri tesbit edilmiştir.» «Bloklar arasında raum tesiri meydana getirilmeye çalışılmıştır.» «Ayrıca blok evlerle, diğer evler arasında raum kompozisyonları düşünülmüştür.» denildiği halde, bu kayıt ve şartlar hiç nazara alınmamış ve blokların genişlik ve uzunluğuna ait ölçüler ile bunların azamî marjları yanlış değerlendirilmiştir.

Halbuki yukarıda zikredilen ibareler gözönünde tutulsa idi; ih-

tilâflı inşaatın imar plânında tesbit edilen yerinin değiştirilmiş olduğu, emsalî bloklar ile diğer evler arasında «raum» tesirinin ve kompozisyonunun bozulmuş olduğu ve özellikle uzunluk ve genişlik marjlarının çok fazla aşılmış bulunduğu tesbit edilerek, dava konusu işlemlerin mutlaka iptali cihetine gidilirdi.

Bloklar ve evler arasında «raum» tesiri ve kompozisyonu, gerek binalar arasındaki boşlukları, gerek inşaatın yollara olan mesafelerini ifade ettiğine göre; ihtilâflı yapının 10-15 metre yol mesafelerinin 3-5 metreye kadar indirilmiş olması, bu esasların ihlâl edildiğini gösterir ve ruhsatın iptalini gerektirirdi.

Hususiyle Raporun «Blok genişlikleri azamî 14 metreye kadar yükselip, uzunlukları ise 2-3 metre farkedilebilir. Bu ölçü değişikliğinde plânın tertibi bozulamaz.» kayıt ve şartları, yol mesafelerinin tayin ve tesbitinde birlikte nazara alınmadığı için, 10-15 metre mesafelerin 3-5 metre kadar indirilebileceği şeklinde, plânın tertibini alt üst edecek bir hükme varılmış bulunmaktadır.

c) Yukarıda, kararda karşılanmayan iddia ve itirazlar bahsinde, kısaca işaret edilen ve yüksek dairenin hiç ele almadığı imar plânında girişilen tâdil muamelesi, dava konusu işlemlerin butlanını mucip olacak nitelik ve açıklıktadır.

Gerçekten, ihtilâflı inşaat tekemmül etmemiş bu plân değişikliğine de uygun olmamakla beraber, İstanbul Belediyesi, sırf Kooperatifin blokunu şimdiki gibi mer'î imar nizamının dışında ruhsata bağliyabilmek için, Talimatnamenin 31 inci maddesine aykırı olarak, 11.6.1963 tarih ve 2570 sayılı bir tâdil işlemini kendi meclisinden geçirmiş ve fakat İmar ve İskân Bakanlığının tasdikine iktiran etmediği için bu değişiklik hükümsüz kalmıştır. Buna rağmen, plânda öngörülen değişikliği de aşan bir inşaat ruhsatı verilmiş, yapı yeri gösterilmiş ve inşaaata başlama müsaadesi ita olunmuş bulunmaktadır.

Yüksek Heyet ilk kararının baş tarafında, «detaylı blok etüdülerinde bu etüdlerin imar ve iskân bakanlığınca onaylanması halinde» dediği halde; bu meseleye ikinci kararında da hiç dokunmamış ve önemli bir sakatlığı ortada bırakmıştır. Şayet mevzii imar plânının izah raporu, bu inşaatın Garanti Mahallesiindeki diğer binalardan farklı bir şekilde yapılmasına imkân ve yetki vermekte idi ise; detaylı blok etüdüleri yolu ile tasdikli imar plânında değişikliğe Belediyece lüzum görülmez ve bu işleme girişilmezdi. Bu bakımdan, olayda nâkıs bir plân tadili muamelesinin mevcudiyeti, bu noktada

davalı idarenin sükutu ihtiyar etmesi Yüksek Dairenin şüphesini ve dikkatini bu meseleye celbetmeli idi.

3 — Danıştay önünde yapılan duruşmalarda kimlerin huzura alınıp dinlenebileceği, 521 numaralı kanunun 79 uncu maddesinde teker teker sayılmış ve gösterilmiştir: bunlar, taraflar ve vekilleri ile kanun sözcüsünden ibarettir, hattâ heyetin daha önce görevlendirdiği bilir kişileri duruşmaya davet edip dinleyebileceği şüphelidir. (Çünkü, bu muameleyi, 90/2 madde hükmüne kıyasen, ancak tahkikat hakimi yapabilir.)

Buna rağmen düzeltme sebebi olarak ileri sürülen bu usulsüzlüğe karşı Altıncı Daire, «davacıların bilirkişi olarak nitelendirdiği fen adamının ilk duruşmadaki açıklamaları da mevzii imar plânı izah raporuna dayandığından verilen karara mesnet ittihaz olunmamıştır» demektedir.

Oysa, tarafsız olmayan fen adamının karara dayanak teşkil eden izah raporu üzerindeki açıklamalarının heyeti tesir altında bırakması ihtimal dışında olmadığı gibi; duruşmanın usulsüz cereyan ettiği için kabulü için, böyle bir etkinin varlığı şart olmayıp, mücerret yabancı bir kişinin bu muameleye katılmış bulunması yeterli bir sebeptir.

Yüksek Daire, «fen adamını» dinlerken, 521 sayılı kanunun 82 nci maddesinden aldığı yetkiyi kullandığı kanisiyle hareket etmiş bulunuyorsa, bu bakımdan da zuhul etmiş sayılır. Çünkü, Danıştaya re'sen tahkik salâhiyeti tanıyan mezkûr madde ilgilileri duruşmada dinleyerek değil, ancak karar ile belge ve yazılı bilgileri celp ve tetkik ederek aydınlanma imkânını bahşeder. Danıştayın bu suretle elde ettiği belge ve bilgiler, müzakere ve karara konu yapılmadan önce, muhakeme usulünün tartışmalı (contradictoire) olması esasına binaen, tarafların ittilâna ulaştırılmak ve mülâhazalarının serdine imkân verilmek lâzımdır. Nitekim bu usulün idarî işlerde karşılığı olan yetkiye ilişkin aynı kanunun 57 nci maddesi, Danıştay idare daire ve kurullarınca ilgili ve yetkili memur ve uzmanların çağrılıp dinlenebileceğini açıkça belirtmiştir. Re'sen tahkik yetkisini düzenleyen 82 nci maddede böyle bir hüküm yoktur.; yargı işleminin niteliği ve gereği dolayısıyla olamaz da..... Bu itibarla, Danıştay Dava Daireleri ve Kurulu, ne duruşma sırasında, ne de müzakere esnasında kanunun müsaade etmediği kimsenin huzuru ile hiçbir muamele yapamaz. Aksi halde, usule aykırılık sebebiyle, alınan kararlar hükümsüz ve batıl addedilmek gerekir.

4 — Bu olayda dâvacılar, *Danıştay'a başvurmadan önce*, 521 sayılı kanununun 90 ıncı maddesiyle tanınan imkândan faydalanarak, başlamış ve süratle ilerlemekte olan ihtilâflı blok inşaatın durumunu, mahallî adalet mahkemesine tesbit ettirip aldıkları kararlarla bilirkişi raporunu dilekçelerine ekliyerek ibraz eylemişlerdir. Bu bilirkişi raporu ruhsatın ve inşaatın mevzii imar plânına ve izah raporuna aykırı olduğunu ifade ve tesbit etmektedir.

Davanın açılmasından ve yürütmenin durdurulması kararı alındıktan sonra, dâvalı Belediye yanında davaya müdahale eden inşaat sahibi Kooperatif de, diğer bir adliye mahkemesine müracaatla, ilk bilirkişinin mütalâasının tamamen aksine bir bilirkişi raporu elde etmiş ve dosyaya koydurmuştur. Ancak, mezkûr 90 ıncı maddenin 1 inci fıkrası gereğince, *dava ikamesinden sonra taraflar delillerin tesbitini ancak danıştaydan isteyebileceğinden* müdahilin Adalet Mahkemesine re'sen yaptırdığı tesbiti delâil muamelesi Yüksek Heyet önünde geçerli sayılamaz.

Bu durumda Altıncı Daire, davacıların vâki talebine de uygun olarak, yeniden bilirkişi incelemesine gidilmesi uygun ve gerekli iken, ilk kararında bu noktaya hiç dokunmamış, ikinci kararında ise, «Olayın aydınlanmış bulunması bakımından davacıların keşif isteğinin kabulüne mahal» görmemiştir.

Gerçi Yüksek Mahkeme, herhangi bir konuda kanunen bilirkişi tetkikatı yaptırmak zorunda değildir. Lâkin, böyle mütenakız raporların ibraz edildiği bir dosyanın incelenmesinde salim bir görüşe sahip olmak ve isabetli bir karara varabilmek için, kabul edilecek hal suretinin bağlı bulunduğu mimarî ve şehircilik tekniğine ilişkin bir meselenin yetkili kişiler tarafından aydınlatılmasına ihtiyaç ve hattâ zaruret vardı. Bahusus ki, Yüksek Heyet, davacıların muhakeme sırasında sunduğu resmî bir teşekkülün raporunu, «dâvacıların delil olarak ibraz etmiş buldukları Mimarlar Odası raporu yukarıdaki açıklamalar karşısında ve izah raporunun bir cümlesinden mülhem olup, raporu kül halinde mütalâa etmemiş olması sebebiyle varit görülmemiştir.» şeklinde münakaşa ve reddetmek lüzumunu duymuştur. Danıştay'ın böyle bir gerekçe serdedebilmesi için, bir fen ve sanat işi olan bu mevzu hakkında, meselenin mahiyeti icabı, mutlaka mütehassısların reyini alması gerekirdi. Nitekim Sayın Daire Başkanı, «Davacıların her iki safhadaki istemlerine uygun olarak, tarafımızdan seçilecek bilirkişiler tarafından inceleme yapıldıktan sonra karar düzeltilmesi isteminin incelenmesi mütalâasıyla karara karşıyım» yolunda muhalefet şerhi vermiştir.

Her ne kadar, bu suretle görevlendirilecek bilirkişi veya bilirkişilerin raporu, Yüksek Mahkemeyi bağlayıcı kudreti haiz bulunmıyacak idi ise de; olayın ve uyuşmazlığın iyice aydınlanmasını sağlamak bakımından, herhalde etkili ve yararlı olacaktır.

Netice itibariyle, diyebiliriz ki, Yüksek Altıncı Dairenin yukarıdaki kararlarında beliren içtihat siyaseti, imar ve inşaat nizamını, korumak şöyle dursun, ihlâl etmek heves ve niyetinde olan bütün ilgililere cü'ret verecek yöndedir ve herhalde düzeltilmelidir.

Mayıs 1967

Lütfi DURAN