

D — İDARE HUKUKU

KISALTMALAR

A.J.	:	Actualité Juridique
C.C.	:	Conseil d'Etat (Fransız Devlet Sûrası)
D.	:	Recueil Dalloz
D.6.d.	:	Danıştay Altıncı Dairesi
D.d.d.u.h.	:	Danıştay Dâva Daireleri Umumi Hey'eti
D.K.D.	:	Danıştay Kararlar Dergisi
E.	:	Esas Numarası
J.C.P.	:	Juris-Classeur Périodique
K.	:	Karar Numarası
R.D.P.	:	Revue de Droit Public
R.G.	:	Resmî Gazete
S.	:	Recueil Sirey
T.M.T.İ.B.H.	:	Temyiz Mahkemesi Tevhidi İctihad Büyük Hey'eti
T.M.T.İ.H.U.H.	:	Temyiz Mahkemesi Tevhidi İctihad Hukuk Umumi Hey'eti
U.M.	:	Uyuşmazlık Mahkemesi

«İctihat Kroniği» nin «Âmme Hukuku» kısmında, «Mevzuat Kroniği» nde olduğu gibi, son üç ay zarfında resmî ve gayri resmî mevcutelerde yayımlanan veya isdar edilen Anayasa, İdare Hukuku ve Mali Hukuk ile ilgili mahkeme kararlarının tahlili ve tenkidi bir *compte-rendüsü*'nü yapmağa çalışacağız. Yüksek Mahkemeler muhtinden izhar edilen arzu ve temennileri daha iyi karşılayabilmek için, bir iki kararın «İctihat Notu» şeklindeki mufassal ve nazari münakaşası yerine, mümkün mertebe çok sayıda önemli kazai tasarruflar hakkında muhtasar ilmi mütalâa ve mülâhazalarımızı arzetmeyi tercih ediyoruz. Bu suretle, tatbikatın ihtiyaçlarına cevap verecek vüs'at ve mahiyette olmıyan Âmme Hukuku literatürümüzün, bazı tâli prensip ve kaideler bakımından taşıdığı boşluğu da doldurmak fırsatını bulacağımızı ümit ediyoruz.

Bu kronikte ele alacağımız kararları, çeşitli Yüksek Mahkemelere göre bir tasnife tâbi tutmaktan ziyade, muhtevalarını, yani temas ettikleri prensip meselelerini nazarı itibare alan bir tertip dahilinde takdim edeceğiz. Böylece, aynı mevzua veya esasa taallük eden mehakim içtihadı bir arada, mukayeseli ve ahenkli bir şekilde tetkik edilmiş olacaktır. Kabul ettiğimiz bu tertip ve takdim tarzını, müteakip kroniklerde, kabil olduğu kadar muhafazaya gayret edeceğiz.

Kroniğimizde, esas itibariyle, daha önce mevkutelerde yayımlanmış bulunan mahkeme kararlarını mevzuubahs edeceğimizden; bunların metinlerini aynen dercetmeyip, sadece ehemmiyetli saydığımız bazı mucip sebeplerini ve hüküm fıkralarını nakletmekle ve referansını göstermekle yetineceğiz. Referanslarda kullandığımız kısaltmaları, kroniğin başında işaret ve izah ediyoruz.

Tetkik edeceğimiz kararlardan henüz yayımlanmamış olanların metnini bu Kroniğe aynen koymağı lüzumlu ve faydalı sayıyoruz. Çünkü, bir mahkeme ilâmının aslında bulunan unsurların bilâistisna hepsi, nazari ve ameli bakımdan büyük önem taşır. Meselâ, dâvacı ve dâvalının adları, sıfatları, ikametgâhları, Kanun Sözcüsü, Başkan ve üyelerin adları, hükmün Esas ve Karar numaraları, muhtelif meselelerin ortaya çıkmasına ve münakaşasına vesile olabilir. Buna rağmen, maalesef hususi neşriyatta hemen daima, bir müddetten beri de «Danıştay Kararlar Dergisi» nde, yukarıda zikrettiğimiz karar unsurlarına yer verilmemektedir. «Devlet Şûrası Kararlar Mecmuası» nın intişara başladığı ilk yıllarda, metinler; hey'eti hâkimenin isimlerini ihtiva etmemekle beraber; taraflarla Kanun Sözcüsünün adlarını, soyadlarını ve sıfatlarını çok defa mütalâasının tamamını olduğu gibi aksettirmekteydi. Bilâhare, — öğrendiğimize göre —, Kanun Sözcüleri, serdettikleri düşüncelerden dolayı, dâvacıların ve bazen de dâvalıların muaheze ve muatebelerine maruz kaldıklarından; asıl ilâmlar ile Dergide yayımlanan metinlerde, bunların isimleri gösterilemez olmuş, «Danıştay Kararlar Dergisi» nin üç beş sene gecikme ile çıkan son sayılarında hakiki ve hususi hükmî şahıs olan tarafların ad, soyadı, sıfat ve ikametgâhları da açıklanmamağa başlamıştır.

Bu yayım şeklinin ne gibi bir mülâhazaya müstenit bulunduğu bilmiyoruz. Müddei ve müddeialehy olan hakiki ve hususi hükmî şahısların dâvada Anayasa ile gizliliği kabul edilen hususi hayatlarına veya kanunlarla te'minat altında bulunan ticarî itibarlarına müteallik bir husus mevzubahis ise, hüviyetlerinin açıklanmaması mümkün ve lâzımdır. Fakat bu haller dışında, tarafların isimlerinin verilmemesi, herhangi bir esas ve sebeple kabili izah ve tecviz olmadıktan başka; bilâkis, kazai faaliyetin âleniliği prensibine münafidir. Diğer taraftan, İdare Hukuku'nda dâvacı ve dâvalının ehliyet ve salâhiyeti, hususi hukuka naazran, esasa müessir olacak derecede ehemmiyetli olduğundan; bunların hüviyetlerinin bilinmesinde zaruret vardır.

Kanun Sözcüsü ile hâkimlerin adlarının işaret edilmesine gelince; bu da, dâvayı tetkik, rü'yet ve halleden kimselerin yetkili şahıslar olup olmadığı, hâkimlerde red veya istinkâf sebeplerinin bulunup bulunmadığı ve raportörlük görevinin yapılıp yapılmadığını tesbit bakımından, tarafların isimlerinden daha önemli ve lüzumlu unsurlardır. Gerçi, ilgililere tebliğ edilen ilâm suretlerinde hâkimlerin adları ve soyadları mevcuttur; lâkin bunlarda, ne Kanun Sözcüsünün, ne Raportörün isimleri ve ne de muhalif üyelerin noktai nazarı yer almamakta ve Dergide yayımlanan metinlerde bütün bu hususlar dercedilmemektedir.

Halbuki, Batılı Demokratik memleketlerde neşredilen mahkeme kararlarında, esas ilâmın metni ekseriya aynen, her zaman tarafların, vekillerinin, Kanun Sözcüsünün, Raportörün ve Başkanın adları behemehal dercolunur. Gerçekten, bu ve diğer unsurlar bazen çok mühim bir prensip meselesinin sarahaten veya zımnen halline medar olabilir ve Doktrin bunlardan istiane suretiyle umumî kaideler istihracına çalışır. Bundan başka, mahkeme kararlarının, tarih ve numaralarla zikredilmesi ve hatırlanması güç olduğundan; dâvacının veya onunla birlikte dâvalının adlarıyla anılması kolaylık sağladığı için, artık her yerde usul ittihaz edilmiş bulunmaktadır.

Bu itibarla, biz evrensel hale gelmiş olan bu teamüle uygun hareket ederek, Mecmuamızda ilk defa yayımlanacak Mahkeme kararlarını, yukarda işaret edilen istisnalar mahfuz ve hariç kalmak üzere, tekmil unsurları ile dercetmeyi ve içtihatların dâvacı adları ile isimlendirilmesini muvafık görüyoruz. Hukuk neşriyat ve tetkikatında birlik ve kolaylık te'mini maksadiyle, bu usulün resmi ve nususi yayımlarda da kabul ve tatbik edilmesini teklif ve temenni ediyoruz.

I. — ADLIYE İLE İDARENİN VAZİFELERİ

- 1 — İDARENİN MÜLKİYETE MÜDAHALESİ, Gayrimenkul, İstimlâk, Belediyenin yıkma kararı, Re'sen icrada tecavüz, Elatma (Emprise), Teaddi (Voie de fait). Adliyenin vazifesi.

Uyuşmazlık Mahkemesi, İdare'nin gayrimenkul mülkiyetine vâki müdahalelerinde, kendi eski içtihadına ve Yargıtayın bu baptaki Tevhidi İçtihat Kararlarına (T.M.T.İ.B.H. 16.5.1956, E: 1, K: 6 ve T.M.T.İ.H.U.H. 16.5.1956, E: 1, K: 7; R.G. 11 Ağustos 1956 - 9379) uygun şekilde, Adliye Mahkemelerinin vazifeli kaza mercii olduğunu

kabule devam etmektedir. Filhakika, 25.11.1961 tarihli toplantısında tetkik ettiği birbirinin aynı olan iki *Hekimyan* hâdisesinde, İmar Kanununun 42 nci maddesi gereğince Belediye tarafından karşılıksız % 25 zaiyat olarak yola kalbedilen arsa ve üzerindeki bina bedelinin tazmini talebiyle Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan dâvayı icabı ihtilâf yoluyla huzuruna getiren Danıştay Başkanun sözcüsünün isteğini oybirliğiyle reddetmiştir. (U.M. 25.11.1961, *Hekimyan*, E: 961/26 - 27, K: 961/34 - 35; RG: 2. Ocak. 1962 - 10998).

Mevzuubahs hâdiselerde, vazife meselesine gelmeden önce ihtilâfın başlangıcını ve esasını tetkik eden Danıştay 6. Dairesi, İstanbul'da Halâskârgazi caddesinde kâin ve Hekimyanlar'a ait iki parsel binalı gayrimenkulü, yol istikametini düzeltme sırasında Belediyenin bir miktar kesip yola katması ameliyesini, İmar Kanununun 42. maddesinin derpiş ve tanzim ettiği tarla kaidesi veya hamur usulü denilen mıntıka istimplâklarına teşbih ederek, arsa için % 25 zaiyat kabul etmekle beraber, binada karşılıksız yıkma olamayacağı mucip sebebiyle yapılan muameleyi sırf bu noktadan iptal etmiştir. Halbuki, İstanbul'da Harbiye'de Halâskârgazi caddesi mevkiinde Belediye, İmar Kanununun 42. maddesinin mâna ve şumülü dairesinde herhangi bir istimplâk ve bayındırlık ameliyesi ne yapmış, ne de düşünmüştür; sadece yol istikameti üzerinde doğru hatta nazaran çıkıntı teşkil eden bina kısımlarını kesip yola çevirmiş bulunmaktadır. Bu ameliye ise; yine, İmar kanununun 32. ve İstimlâk Kanununun 12. maddesiyle düzenlemiş olduğu kısmi istimplâk muamelesinden ibaret olmak bakımından, sadece binanın değil, aynı zamanda arsanın da bedelinin usulen takdir ve tediye edilmesini gerektiren bir haldir. Kaldı ki, hadise hakikaten bir mıntıka istimplâki olsaydı, bu takdirde, 42. maddeye göre % 25 zaiyat bir bütün olarak arsaya ve binaya tatbik edilebilirdi. Danıştay 6. Dairesinin binayı arsadan ne gibi bir muhakeme ve mucip sebeple ayırıp başka başka hükümlere tâbi tuttuğu anlaşılammaktadır.

Herne hal ise, gayrimenkul sahiplerinin yıkılan binalarının bedelini tazmin ve tahsil için Belediye aleyhine Asliye Hukuk Mahkemesinde açtıkları davaya bakmağa hangi kaza merciinin vazifeli olduğu meselesi Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından Adliye Mahkemesi lehine halledilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesinin düşüncesine göre, mevzuubahis ameliye ister bir istimplâk muamelesi, ister bir el atma hâdisesi teşkil etsin, her iki ihtimalde de mevzuat ve mahakim içtihadı gereğince, bu bedel veya tazminat davasını rüyet ve halle Adliye Mahkemeleri yetkilidir. Gerçekten, İstimlâk Kanununa göre,

bedel ihtilâfları Adliye Mahkemelerinin vazifesi içinde sayıldığı gibi; uyuşmazlık Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştayın içtihadlarına nazaran, İdare'nin usulsüz olarak gayrimenkulleri işgal ve bunlar üzerindeki zilyedliği ref'etmesi, umumi hükümler dairesinde müta-lâası icab eden haksız fiil teşkil etmek itibariyle, Adliye Mahkemesinin görevi dahilindeki bir ihtilâfa yol açar.

Uyuşmazlık Mahkemesi 3.2.1962 tarihli toplantısında ele aldığı aynı mevzudaki diğer bir davayı da, aynı esaslara binaen Adliyenin vazifesi dahilinde görmüştür. Bu hâdisede Belediyenin ne sebeple ve hangi kanuna istinaden yıkılmasına karar verdiği anlaşılamiyan bir binanın fiilen hedmi sırasında diğer bir bina da yıkılmış ve enkazı götürülmüştür. Bu ikinci bina sahibi, zarar ve ziyanının tazmini için Belediye aleyhine Asliye Mahkemesi önünde bir tazminat davası açmıştır. Başkanun sözcüsünün bu davanın idari mahiyette olduğu hakkındaki iddiası, Uyuşmazlık Mahkemesince kabul edilmemiştir (U.M. 3.2.1962, *Aygün*, E: 961/43, K: 962/4; RG: 15. Mart. 1962 11057).

Kanaatimizce, hadise mahiyeti itibariyle, *Hekimyan* işlerinde olduğu gibi bir el atma veya istimplâk değildir. Çünkü, davalı Belediye, *Aygün*'ün gayrimenkulü üzerindeki zilyedliğini tamamen ref'etmemiş, bunu herhangi bir amme emlakine katmamış; sadece binasını, muhtemelen ona bitişik diğer bir binaya ait idari kararın icrası sırasında yıkmıştır. Bu hareket, Belediye ajanlarının, kaskına makrun değilse, ancak bir sehiv ve zuhul eseri olarak veya esas yıkılacak binanın hudutlarında vâki bir hata neticesinde irtikâp edilmiş bir hizmet kusuru olabilir. Şayet Belediye ajanları hiç bir yıkma kararına istinat etmemiş bulunsalardı, o takdirde belki bir *teaddi* (voie de fait) den bahisle ihtilâfın Adliye Mahkemesinin vazifesi içinde olduğu kabul edilebilirdi.

İdare'nin gayrimenkul mülkiyetine vâki çeşitli müdahale ve tecavüzlerinin, bir taraftan istimplâk mevzuatına, diğer taraftan *el atma* (emprise) veya *teaddi* (voie de fait) nazariyelerine göre; behemahal Adliye Mahkemelerinin vazife sahasına dahil ihtilâflara sebebiyet verecekleri hakkındaki noktai nazar, Fransız Devlet Şûrası son içtihadlarında revaçtan düşmeğe başlamış ve bazı müelliflerin de tenkidini davet etmiştir. (C.E., 15. Février. 1961, *Werquin*, R.D.P., 1961, 321, Conclusions Braibant, R.D.P., 1961. 1253, note M. Waline; J.C.P. (Semaine Juridique) 1961.II.12259, note J. M.Auby; D.1961. J.611, note P. Weil; A.J. (Droit Administratif) 1961.197, Chronique Galabert et Gentot. - C.E. 8. Avril. 1961, *dame Klein*, D.1961.J.587,

Conclusions J. - F.Henry, A.J. (Droit Administratif) 1961.I.332, Chronique Galabert et Gentot; Sirey 1961.249 note Lassale. - C.E. 28 Avril 1961, *Commune de Cormeilles-en-Parisis*, R.D.P. 1961. 1253, note M.Waline.)

Fransız Jürisprüdans ve doktrinindeki bu yeni inkişaf ve istikâmet henüz müstakar ve mütebelir bir hal almadığından, şimdilik üzerinde daha fazla durmayacağız. Şurası muhakkaktır ki, İdare Hukukunda *teaddi* (voie de fait) ve *el atma* (emprise) nazariyeleri gerilemektedir.

2 — İDARENİN MES'ULİYETİ, Motörlü nakil vasıtaları, Trafik kaideleri, Sigortacının halefiyeti, Adliyenin vazifesi.

Uyuşmazlık Mahkemesi, uzun müddet tereddüt ve içtihadını sık sık tebdil ettikten sonra, nihayet, İdare'ye ait motorlu nakil vasıtalarının ika ettiği zararlardan mütevellit tazminat davalarının Adliye Mahkemelerinin vazife sahasına dahil bulunduğunu bir kaç yıldan beri müstemirren kabul etmektedir. Buna mukabil, Danıştay Başkanun sözcüsü, isabetli saymadığı bu içtihadı yılmadan ve usanmadan değiştirmeye çalışmaktadır. Başkanun sözcüsünün bu mücadelesi, ümitsiz ve boşuna bir gayret değildir. Çünkü, Uyuşmazlık Mahkemesi bu bapta kararlarını halâ oyçokluğuyla alabilmekte, Danıştay ve Yargıtay mensupları arasında bu meselede henüz ittifak bulunmamaktadır. Nitekim, *Kaçkan* ve *Şekersigorta A.Ş.* davalarında Adliye Mahkemesinin görevli olduğu ekseriyetle kararlaştırılmıştır. (U.M. 25.11.1961, *Kaçkan*, E: 961/41, K: 961/39; RG: 9 Ocak 1962 - 11004; U.M. 3.2.1962, *Şekersigorta A.Ş.*, E: 961/37, K: 962/1; RG: 15. Mart. 1962 - 11057).

Bu kararlardan *Kaçkan*'a ait olan birincisinde, hususî ve âmme vasıtalarının trafik bakımından bir tefrike tâbi tutulmadığı ve «Bu ilke bugün ulaşılması düşünülen milletlerarası tatbikat birliği görüşüne... uygundur» denilmektedir. Yüksek Mahkemenin bu ibareyle ne kastettiği iyice anlaşılacakla beraber, beynelmilel tatbikatta bahsedilen vahdetin mevcudiyeti bizce meçhuldür. Diğer *Şekersigorta A.Ş.* kararında ise, Türk Ticaret Kanununun sigortacının sigortalıya halefiyetini kabul eden 1301. maddesine de istinat etmek lüzumu hissedilmiştir. Buna göre, vazifeli mahkeme, davalının sıfat ve hukukî rejimine göre değil dâvacının mevkiine ve hakkına tebaan taayyün edecek demektir. Oysa, usul hukukunun umumî prensiplerine göre vazifeli kaza mercii dâvacıdan ziyade davalıya nazaran tesbit edilmek lâzımdır.

3 — **IDARENİN TASARRUFLARI**, İdari Mukavele, İdarenin hususî mukaveleleri, Teahhüt mukaveleleri, Adliyenin vazifesi.

Uyuşmazlık Mahkemesi, bir selbi ihtilâf vesilesiyle, İdare'nin 2490 numaralı Arttırma Eksiltme Ve İhale Kanununa göre aktetmiş olduğu mukavelelerden mütevellit ihtilâfların Adli kazanın vazifesi içinde bulunduğu yolundaki Yüksek Mahkemelerin kökleşmiş içtihadının bir kerre daha tatbik fırsatını elde etmiştir (U.M. 25.11.1961, *Maden*, E: 39, K: 37; RG: 9. Ocak 1962 - 11004). Bu hadise münasebetiyle Başkanun sözcüsünün de mahakim içtihadına iltihak ettiği görülmektedir. Halbuki, İdari Rejim'i kabul eden memleketlerde İdare'nin bu kabil levazım, inşaat v.s. mukaveleleri idarî mukavele ve dolayısıyla bunlardan çıkan ihtilâflar idare yargısının sahası dâhilinde sayılmaktadır. Uyuşmazlık kararının mucip sebepleri arasında mevcut «Özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözülmesi Danıştay'ın görevi dışında ve Adliye Mahkemelerinin görevi içindedir.» şeklindeki kaziye, doğru olmakla beraber; bu cümleyi takip eden, «Buna göre 2490 numaralı Kanuna dayanan akitten doğan uyuşmazlığın da Adliye Mahkemesinde çözülmesi gerektir.» diyen hükmü, bu kaziyenin bir neticesi olamaz. Çünkü, evveleminde 2490 sayılı kanuna dayanan mukavelelerin hususî hukuk mukavelesi olduğunu ortaya koymak lâzımdır. Yüksek Mahkeme ise, bu hususta sadece kendinin, Yargıtay'ın ve Danıştay'ın müstakar içtihadlarından bahisle yetinmektedir. Binaenaleyh, bu meselenin henüz kat'i ve nihai şekilde halledilmiş olduğu söylenemez. Zira Yüksek Mahkemenin atıfta bulunulan emsal kararları da, muknî ve müdellel mucip sebepleri ihtiva etmemektedir.

4 — **IDARENİN YETKİLERİ**, İstimval (Réquisition), Milli Müdafaa Mükellefiyeti, İşgal bedeli ve hasar tazminatı, Adliyenin vazifesi.

Askerî kıt'aların manevra, ateş, konaklama v.s. gibi ihtiyaçlar dolayısıyla hususî gayrimenkulleri işgal ve bunlara hasar iras etmeleri halinde 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun 58. maddesi, ilgililerin takdir edilen işgal bedeliyle tazminat miktarlarına selâhiyetli mahkemede itiraz edebileceklerini kabul etmektedir. Kanunun selâhiyetli mahkemeyi tavsif etmemiş olması sebebiyle, Başkanun Sözcüsü, bu kabil işgal ve tahrip hâdiselerinde zuhur eden ihtilâfların İdarî kaza merciine ait bulunduğu düşüncesiyle icabi ihtilâflar ihdas eylemektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi ise, ağılebi-ihhtimal 58. maddedeki üç günlük kısa müddeti ve basit usulü muha-

keme usulünü nazara alarak selâhiyetli mahkemenin mahalli Adliye Mahkemesi olduğunu kabul edegelmektedir (U.M. 3.2.1962, *Berberoğlu*, E: 962/1, K: 962/5; R.G.: 15 Mart 1962 - 11057). Bu içtihadın tatbik edildiği *Berberoğlu* hâdisesinde, verilen karardan, bu nevi ihtilâfların, İdari kazadan ziyade Adli yargının vazife sahası içinde kalması kanun vazınca kast ve istihdaf edilmiş görünmektedir. Bu itibarla, Yüksek Mahkemenin Fransız Jürisprüdansına da uygun olan bu hal sureti doğru ve yerindedir. Ancak, kanunla tesbit edilen bu istisnâ vazife kaidesinin mümasil de olsa diğer istimval veya el koyma ihtilâflarına teşmili hukuken caiz ve mümkün değildir.

5 — ŞEHİTLİĞİN TESPİTİ. Maaş bağlanması, Ahvali şahsiye, Tespit dâvası, İdari karar, İptal dâvası, İdarenin vazifesi.

Uyuşmazlık Mahkemesi, bugüne kadar olan içtihadına muvafık şekilde, bir şahsın şehit olup olmadığı hususunda çıkan ihtilâfların idari kazanın vazifesi içinde bulunduğunu kabule devam etmektedir. *Özkaya* hâdisesinde, 1330 yılında askere sevk edilip Ardahan cephesinde şehit olduğu halde nüfus kütüğünde sağ görünen bir kimsenin mirasçısı, Asliye Hukuk Mahkemesine başvurarak bu cihetin tesbitini talep etmektedir. Adliye Mahkemesi, bu talebi vazifesizlik kararıyla reddetmiş; dâvacı bu sefer Danıştaya müracaat etmişse de, orada da görevsizlik kararıyla karşılaşmıştır. Böylece tahaddüs eden selbî vazife ihtilâfını Uyuşmazlık Mahkemesi yine idare yargı yeri lehine halletmiştir (U.M. 3.2.1962, *Özkaya*, E: 961/38, K: 962/2; R.G.: 15 Mart 1962 - 11057).

Yüksek Mahkemenin içtihadını dayandırdığı mucip sebep, şehitliğin tesbiti dâvasının netice itibariyle İdare'yi maaş bağlamak gibi idari bir tasarrufu yapmağa zorlamayı istihdaf ettiğinden, hukukî mahiyeti bakımından bir tam kaza dâvası olduğu keyfiyettir. Neticesi itibariyle doğru ve yerinde olan bu hal sureti, istinat ettiği mucip sebep yönünden tamamen isabetli sayılamaz. Filhakika, Medeni Kanununun 42. maddesine göre «her alâkadar kaybolan kimsenin ölü veya sağ olduğunun hâkim tarafından hükmedilmesini talep edebilir» ve bu hâkim hiç şüphesiz ahlâvi şahsiye işlerine bakan Adliye hâkimidir. Ancak, gerek Medeni Kanunda ahvali şahsiye sicil kayıtları arasına bir şahsın ölümünün ne sebeple ve hangi ahval ve şerait içinde vuku bulduğuna dair bir kaydın bulunması mecburiyeti konulmamıştır. Bu itibarla, ölüm şekli, Medeni Kanununun 38. maddesi muciline tashihi hâkimin hükmüne vabeste olan bir sicil kaydı değildir.

Mamafih, *Özkaya* hâdisesinde, ihtilâflı sicil kaydında müteveffa sağ görünmektedir. Böyle olunca, Medeni Kanunun mezkûr 42. maddesi hükmüne göre, ilgili mirasçı bu «sağ» kaydının «ölü» ye çevrilmesini Adliye Hâkiminden isteyebilir. Fakat, bu ölümün sebep ve şeklini ahvali şahsiye hâkimine tesbit ve sicil kayıtlarına intikal ettiremez. Gerçi Sicil Nüfus Kanununun 31. maddesi, ölüm vukuatını nüfus idaresine bildiren muhtar ilmühaberinin «sebebi vefatı» da ihtiva etmesi lüzumunu âmirdir. Lâkin bu kayıt, vefiyatın sıhhi ve adli bakımdan murakabesini temine matuf olup, ahvali şahsiye siciline düşürülecek bir unsur değildir. Binaenaleyh, bir kimsenin şahadet suretiyle ölmüş olduğu keyfiyeti, hak iddia eden ilgilinin İdare'ye vâki müracaatına verilen red cevabı zımında idarî bir karara mevzu olacağından, bu tasarruf aleyhine açılacak bir iptal dâvasına müncer olabilir. Gerçekten İdare Hukukunda münhasıran bir hususun tesbitini sağlayacak bir tam kaza dâvası mevcut değildir. Tam kaza dâvası, bir hakkın teslimini veya tamirini sağlayan yoldur. İptal dâvası idarî tasarrufların hukuka uygunluğunu temin eden bir vasıtaadır. Ancak, şehitlik sebebiyle maaş bağlanması talebini reddeden idarî karar aleyhine açılan dâvalarda olduğu gibi; bazen iptal dâvası neticesi itibariyle bir hakkın elde edilmesini de tazammun ve intaç edebilir.

İşte bu mülâhazalara binaen, evvelâ hâdisede nüfus kütüğündeki «sağ» kaydının «ölü» ye çevrilmesi hakkındaki talep Adliyenin vazifesi içinde sayılmak lâzım idi; saniyen şehitliğin tesbiti isteği bir tam kaza dâvası değil, bir iptal dâvası olarak mülâhaza ve kabul edilmek iktiza ederdi.

II. — İDARENİN FAALİYETLERİ

- 1 — AMME HİZMETİ, Ücret tarifesi, Telefon sâbit tesisler veya hat bakım ücreti, Sebepsiz iktisap ve tespit dâvaları, Adli veya İdarî vazife, Mes'eleyi müste'hire.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuku Bölümü Genel Kurulu, 5.2.1962 tarihli Tevhidi İçtihat Kararıyla (E: 24, K: 2; R.G.: 23 Mart 1962 - 11064), yıllardan beri P.T.T. idaresiyle telefon aboneleri arasında müzminleşen hat bakım ücreti ve sabit tesisler kirası namı altında tarife dışında alınan paralardan mütevellit ihtilâfları kesin olarak halletmiştir.

Şöyle ki, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi ve Ticaret Dairesi, aynı 6145 sayılı P.T.T. İşletme Genel Müdürlüğü Teşkilât Kanununun

11. maddesine istinaden mevzuubahs tarife dışı ücretlerin İdare'ce abonelerden alınabileceğini ve alınamayacağını kabul etmişlerdi. Bu içtihat mubayeneti, adı geçen Genel Kurulca müdellel ve mukni mucip sebepler göstermek suretiyle, Ticaret Dairesinin görüşüne uygun olarak giderilmiş bulunmaktadır. Buna göre, «P.T.T. İşletme Genel Müdürlüğünün, telefon abonelerinden her ne ad altında olursa olsun abone parasından başka hiç bir şey istemeğe hakkı» yoktur. Bu içtihadı birleştirme kararında, belirtilmesi icap eden enteresan olan noktalar şunlardır:

a) Kararın (4) numaralı bendinde, «böyle bir istek, abone tarafından kabul edilse bile, sözü edilen 11. maddedeki kesin (âmir) hükme aykırı olacağı cihetle, Borçlar Kanununun 20. maddesi hükmünce bu kabul, muteber olmaz.» hükmü, İdare'yle aboneler arasındaki münasebetin alelâde hususi hukuk akdi olmadığının kabulünü tazammun etmektedir. Filhakika hususi hukuk mukavelelerinde bedel, ücret v.s. adlarla ifade edilen unsurun tayin ve tesbitinde, taraflar esas itibariyle serbest olup bu hususta kanuna muhalefet pek de mevzuubahs değildir. Halbuki, İdare'yle fert arasındaki münasebetlerde, ezcümle vergi mükellefiyetinde, âmme hizmetlerinden istifadede tekâlif veya ücretler müsavâtı temin zımında yeknasak ve sabittir; ilgililerin iradesine bırakılmamıştır. Bu bakımdan, telefon âmme hizmetinden faydalanan abonelerden alınacak ücretlerin tarifeye bağlanması esası kabul edilmiş ve bu tarifenin tanziminde İdare'nin riayet edeceği esaslar kanunda gösterilmiştir. İşte böylece, kanunda tesbit edilen esaslar dışında, İdare'nin âmme hizmeti müstefitlerinden bir para tahsiline kalkışması, bu sebeple Borçlar Kanununun 19. maddesinin ikinci fıkrasında ifade edilen ve 20. madde gereğince şartın butlanını mucip olan «kanunun kat'î surette emreylediği hukukî kaidelere veya kanuna muhalefet» teşkil eder. Ancak Yargıtay, Tevhidi İçtihat Kararında, Borçlar Kanununun mezkûr maddelerine istinat etmekle abonman mukavelesinin alelâde bir hususi hukuk akdi olduğunu zımnen kabul etmiş ise de; hakikatı halde bu nevi âmme hizmetlerinde istifadeyi temin eden mukaveleler idarî mahiyettedir. Sadece, ameli mülâhazalarla ve bir takım yakıştırma mucip sebeplerle bu çeşit akitlerden mütevellit ihtilâfların Adliye Mahkemeleri tarafından rüyet ve haledilmesi, Fransız Jürisprüdans ve Doktrini tarafından tensip ve terviç edilmiştir (C. E. 24 Juin 1961, Duchet, A. J. (Droit Administratif) 1961. I. 470, Chronique Galabert et Gentot).

b) Kararda temas edilmesi lâzım gelen diğer bir nokta da, telefon abonelerinin ödemek zorunda kaldıkları tarife dışı paraları Borçlar Kanununun 62. maddesi uyarınca geri istiyebilecekleri gibi, Genel Müdürlüğün böyle bir alacak talep edemeyeceğinin tesbitini de câva edebilmeleridir. Eski Hukukumuzdan gelen bir alışkanlıkla «Muarazanın men'i» denilen bu tesbit dâvası, idarî iptal dâvasıyla elde edilebilecek bir neticeyi Adliye Mahkemelerinden istihsale vasıta ve müncer olmaktadır. Bu husus da İdare ile âmme hizmetlerinden faydalananlar arasındaki münasebetin bir hususî hukuk rabitası olmadığını teyid etmektedir.

c) Bu sebep ve mülâhazalara binaen, abonelerin tarifinin tanzim ve tâdiline mütealîk İdare kararlarına vâki itirazlarının, mevcut akdî münasebete rağmen, Adli kazanın vazifesi haricinde ve İdarî yargı yerinin görevi içinde bulunduğu kabul edilmek lâzımdır. Gerçekten tarife, abonman mukavelesinin dışında objektif, tek taraflı, tanzimî bir kaide tasarruf mahiyetinde olup, bunun Hukuka uygunluğunun murakabesi, iptal dâvası yoluyla Danıştay'a aittir. Bu itibarla, Adliye Mahkemesi önünde, abonman mukavelesinin icrasından mütevellit bir dâva zımında, tarifinin mevzuata aykırılığı iddia edildiğinde; keyfiyet mes'elei müste'hire telâkki edilerek, vazifeli idarî kaza merciine halellettilmek lâzımdır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına konu olan ihtilâflarda, tarifinin bir unsuru olarak görünmiyen munzam ücretlerin kanuna uygun olup olmadığı noktası bir mes'elei müste'hire şeklinde ortaya çıkmamakta ise de, aslında P.T.T. İdaresinin re'sen ittihaz ettiği bir idarî kararla ihdas ve abonelere tahmil edilmiş munzam bir külfettir. Bu bakımdan, ilâve ücretlerin Hukuka aykırılığı iddiası, bir mes'elei müste'hire olarak, evveleminde Danıştay'ca tetkik ve halledilmek iktiza ederdi. Bununla beraber, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Bölümü Genel Kurulu'nun, tetkik mevzuu kararda dayandığı mucip sebepler ve vardığı netice her bakımdan doğru, yerinde ve tasvibe şayandır.

2 — VERGİLER, Gider vergileri, Bitim ameliyesi, Dikiş ve nakış iplikleri, Sarma ameliyesi.

Danıştayın 11.11.1961 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı (E: 1961/252, K: 1961/517; R.G.: 19 Mart 1962 - 11060), dikiş ve nakış ipliklerinin makara, kuka ve masuraya sarılması veya çile haline sokulması ameliyesinin Gider Vergisi mükellefiyetine tâbi olup

olmadığı noktasında Yedinci Daire ile Dördüncü Daire kararları arasında hasıl olan ayrılık ve uyuşmazlığı, bu faaliyetin vergilendirilmesi şeklinde olan Yedinci Daire görüşünü benimsemek suretile halletmiştir.

Tevhidi İctihat Umumi Heyeti'nde, «Dördüncü Daire kararını benimseyen üyelerce; piyasadan vergisi ödenmiş olarak satın alınan dikiş ve nakış ipliklerinin müstehlike arz edilmek üzere makara ve masuraya sarılması ve kuka ve çile haline sokulması işinin vergi mükellefiyetine tâbi tutulması hususunda 6802 sayılı kanunda bir hüküm bulunmaması hasebiyle, böyle bir teklifin Anayasa hükümlerine aykırı bulunduğu ve bu gibi iplikler büyük kobinlere sarılmış olarak piyasadan alınmış olmasından bunların Gider Vergilerinin tahakkuku anında sarma işinin de matraha ithal edilmiş bulunması iktiza ettiğinden ikinci bir teklifin vergi mükerreriğini doğuracağı ileri sürülmüştür.»

Buna mukabil, «Yedinci Daire kararını benimseyen üyelerce; bahis konusu sarma ameliyesinin dikiş ve nakış ipliklerinin kullanılabilir bir hale gelebilmesi için son bir ameliye olması ve iplik değerini arttırması sebebiyle bunun bir bitim işi sayılacağı ve 6802 sayılı kanuna bağlı (1) sayılı tablonun 10/d pozisyonu hükmüne göre vergi mükellefiyetine tâbi tutulması gerektiği, bu hususun kanunun 16 ncı maddesinin (E) fıkrası hükmü ile de teyid edilmiş bulunduğu ve bu teklifin vergi mükerreriğini doğurmadığı gibi, piyasadan vergisi ödenmiş dikiş ve nakış ipliklerini alarak sarma ameliyesine tâbi tutarak piyasaya arzeden müesseselerden bu ameliye dolayısıyla vergi alınmadığı takdirde; kombine imalât yapan ve ham pamuktan ve dikiş ve nakış ipliği imal ederek bu mamulâtı makara, masura ve kukaya sarıp piyasaya süren modern fabrikalardan alınacak vergi matrahına sarma işi de dahil edilmiş olacağından bu iki müesese arasında vergi tediyesi bakımından adaletsizlik meydana geleceği ve bunun da memlekette kombine imalât yapan modern müesseselerin kurulmasına ve dolayısıyla sanayiinin inkişafına engel teşkil edeceği beyan olunmuştur.»

Yüksek Kurul'un üçte iki çoğunlukla kabul ettiği bu sonuncu noktai nazar: vergi kanunları, milli iktisat ve müsavat prensibi bakımından isabetli ve faydalı bir içtihat teşkil etmektedir.

III. — MUHAKEME USULÜ

1 — TEVHİDİ İÇTİHAT, Danıştay, Genel Kurul ile daire kararları arasında mubayenet, Dairelerin vazife sahası.

Danıştayın Gider Vergileri Kanununun tatbikatı dolayısıyla 4. ve 7. Daireler arasında bir ihtilâf hakkındaki 11.11.1961 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında (E: 1961/252, K: 1961/517; R.G.: 19 Mart 1962 - 11060), Danıştay Kanununun 7354 sayılı kanunla değiştirilen 29. maddesi hükmünün tefsir ve uygulanması ile ilgili bir görüş ayrılığının ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Şöyle ki, Danıştay Tevhidi İçtihat Umumi Heyeti'nin bazı üyeleri değişik 29. maddenin «Dâva Dairelerinin veya Dâva Daireleri Umumi Heyetinin aynı mahiyetteki işlerle ilgili kendi kararları arasında veya *bu dairelerle Umumi Heyet'çe verilen kararlar* arasında ayrılık veya uyuşmazlık görüldüğü» ibaresindeki italik kelimelerin lâfzına bağlanarak iki daire arasında hâsıl olan mubayenetin içtihadı birleştirme yoluyla halledilemeyeceğini iddia etmişlerse de; Kurul'un 2/3 yi aşan çoğunluğu, bu usulî itirazı reddetmiştir. Tevhidi içtihat kararlarının bu hükmü, isabetli ve tasvibe şayandır. Çünkü, içtihadı birleştirme usulü daha ziyade daireler arasındaki içtihat ihtilâfını hal ve fasla matuf ve medar olan bir yoldur. Danıştay Kanununun 7354 sayılı kanunla muaddel 29. maddesinin yukarıda mezkûr ibaresi bir zaafı telif ile mahil olup, aslında yani 3546 sayılı kanundaki şeklinde, «Dâva Dairelerinin ikisi veya Dâva Daireleri Umumi Heyeti'nin veya bu dairelerden birinin aynı mahiyetteki işlere müteallik kararları arasında mubayenet görüldüğü» hükmiyle nisbeten daha vazih iken 4904 sayılı kanunla değişik ifadesinde «Dâva Dairelerinin veya Dâva Daireleri Genel Kurulu'nun aynı mahiyetteki işlerle ilgili kendi kararları arasında veya bu Daire ve kurullarca verilen kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık görüldüğü» formülü hiç bir tereddüt ve şüpheyeye mahal bırakmayacak derecede açık ve kesindir. Kanun metninin bu kaynakları ve müessesenin mahiyeti muvacehesinde Yüksek Kurul üyelerinden bazılarının usulî mâniler çıkartmaları, ancak lâfzî ve dar bir tefsirin mahsulü olabilir.

Diğer taraftan, aynı İçtihadı Birleştirme kararı vesilesile üyelerden bazıları, Gider Vergileri ihtilâflarının 7354 sayılı kanunla 4. Dairenden alınarak 7. Daireye verilmesi hakkındaki esasa dayanarak, halen yetkili bulunan 7. Dairenin bu bapta içtihat ve tatbikatı

da müstakar olduğundan, tevhidî içtihadı mahal olmadığı iddiasını ileri sürmüşlerdir. Yüksek Heyetin ekseriyeti çok doğru ve yerinde olarak bu iddiayı da reddetmiştir. Filhakika Danıştay Kanununun 25. maddesi daireler arasında bir vazife tevziinden ziyade, bir iş bölümü yapmıştır. Nitekim mezkûr maddenin son üç fıkrası ahkâmınca daireler arasındaki işlerin nisbetsizliği ve dâva dairelerindeki dosyaların çoğalmasında Birinci Başkan, işlerin bir kısmını diğer dâva dairelerine vermek ve idarî dairelerden herhangi birini veya bir kaçını kazai vazifeye tanzif etmek veya mürettep dâva dairesi teşkil etmek yetkisini haizdir. Binaenaleyh Gider Vergileri ihtilâflarının evvelce 4. Dairede görülmekte olması, yeniden bu dairenin aynı mevzularla görevlendirilmesine mâni bulunmadığı gibi, diğer idarî veya kazai dairelerden bir veya birkaçının bu işlerle iştigal etmesi ihtimal dahilindedir. 7. Dairenin, ihtilâfa yol açan içtihadının müstakar bir hal almış olmasına gelince; bu nokta, 29. maddede tevhidî içtihat cihetine gidilmesi için aranan şartlar meyânında değildir.

Bu itibarla, Danıştay Tevhidî İctihad Umumi Heyeti'nin azınlıkta kalan üyeleri tarafından ileri sürülen usulî itirazların her ikisi de gayrivarittir.

2 — ICABİ İHTİLÂF. Tahrik müddeti, Sükûtu hak, İptidaen red.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 4788 sayılı kanunun tanzim ettiği ihtilâf prosedürüne ait hükümleri, müessesenin mahiyetine uygun olarak, sıkı ve titiz bir şekilde tatbika devam etmektedir. Meselâ: İcabî ihtilâfın tahriki için vali ve bakanlara 9. madde ile tanınan 15 günlük müddet geçirildikten sonra, Başkanın Sözcülüğüne müracaat edilmiş olduğundan; uyuşmazlık ihdasına dair olan talep iptidaen reddedilmiştir (U.M. 3.2.1962, *Kalkavan ve arkadaşları*, E: 961/42, K: 962/3; R.G.: 15 Mart 1962 - 11057). Gerçekten idarî makamların ihmali, uyuşmazlık usulünde dâvaların gecikmesine vesile ve sebep teşkil edemeyeceğinden; kanundaki şekil ve müddet şartlarının müsamahasız uygulanması lâzımdır.

3 — ICABİ İHTİLÂF. Tahrik müddeti, Başkanın Sözlüğüne kayıt, Red kararının kesinliği, Maddî hata, Kanun yolları yok.

Uyuşmazlık Mahkemesi daha önce, müruru müddet sebebiyle reddettiği bir icabî ihtilâf talebine müteallik kararın maddî hataya müstenit bulunduğu iddiasıyla Valiliğin yaptığı kararın düzeltilmesi

isteğini, eski içtihadına sadık kalarak reddetmiştir (U.M. 25.11.1961, *Kocaeli Valiliği*, E: 961/40, K: 961/38; R.G.: 9 Ocak 1962 - 11004). Valiliğin, tashihi karar talebini dayandırdığı nokta, ihtilâfı tahrik eden müracaatın vilâyet kalemine kaydedildiği tarihte yapılmış sayılacağı tezine karşılık; Uyuşmazlık Mahkemesinin müstakar içtihadıyla mevzuubahs müracaatın Başkanun Sözcülüğü kalemine vazife hakkındaki kararın tefhim veya tebliğinden itibaren en geç 15 gün içinde kaydedilmiş olmasını şart koşmaktadır. Bu itibarla, hâdisede bir maddî hata bulunmadığı gibi, esasen 4788 numaralı kanununun 21. maddesi hükmünce uyuşmazlık kararları kat'î ve nihai olduğundan, bunlar aleyhine tashihi karar veya iadei muhakeme gibi herhangi bir kanun yoluna da gidilemez. Bu kararda enteresan olan cihet, Uyuşmazlık Mahkemesinin yargı kararlarına herkesin riayet etmesi mecburiyetini tesbit ve ilân eden Yeni Anayasa'nın 132. maddesini kaydetmek lüzum ve ihtiyacını duymasındır. Kaziyei muhkeme müessesesi, böyle bir sarahate hacet bırakmıyacak mahiyet ve kuvvette olsa gerektir.

Diğer taraftan, Uyuşmazlık Mahkemesinin, kendi kararlarının kesin olduğunu söyledikten sonra valiliğin ileri sürdüğü tashihi karar sebebini tetkik ve münakaşa etmesi, usul bakımından yerinde ve doğru değildir.

4 — SELBİ İHTİLÂF, Uyuşmazlık Mahkemesi kararı, Danıştayın vazifesizlik kararı, İadei muhakeme.

Uyuşmazlık Mahkemesi 25.11.1961 tarihli toplantısında, evvelce ittihaz etmiş olduğu bir karariyle ilgili garip bir durumla karşılaşmıştır. Şöyle ki, Uyuşmazlık Mahkemesi bir icabî ihtilâf sonunda 1954 yılında vermiş olduğu kararla 1771 sayılı kanunun tatbikatından mütevellit bir dâvayı idarî kazanın vazifeleri içinde saymış ise de; dâvacı bu ihtilâfı Danıştay 6. Dairesi önüne götürdüğünde, Uyuşmazlık Mahkemesinin bu husustaki kararından Heyet'i hiç bir suretle haberdar etmediğinden, bu idare yargı yeri de görevsizlik kararıyla dâvayı reddetmiştir. Böylece, bir taraftan Adliyenin vazifesiz olduğuna dair Uyuşmazlık Mahkemesi kararı, diğer taraftan Danıştay 6. Dairesinin görevsizlik kararı karşısında kalan *Kozcu*, tekrar Uyuşmazlık Mahkemesine başvurmuştur. Bu Yüksek Mahkeme, ilk kararından bahisle, 6. Dairenin bundan habersiz olması dolayısıyla vazifesizlik kararı verdiği mucip sebebiyle ihtilâfın Devlet Şûrası Kanununun 23. maddesi hükmü gereğince idare yargı yerine ait olduğuna ve Danıştay 6. Dairesinin görevsizlik kararının

kaldırılmasına hükmetmiştir (U.M. 25.11.1961, *Kozcu*, E: 1961/36, K: 1961/36; R.G.: 2 Ocak 1962 - 10998).

Cereyanı hale nazaran hâdisede Uyuşmazlık Mahkemesi Kurulması Hakkındaki Kanunun anladığı mânada bütün şartlarını câmi bir selbi vazife ihtilâfı yoktur. Çünkü, ortada iki ayrı kaza merciinden sadır olmuş müstakil vazifesizlik kararları mevcut olmayıp, Uyuşmazlık Mahkemesinin araya girerek icabi ihtilâf zımında Adliyenin vazifesizliği hakkında vermiş bulunduğu bir karar ile, Danıştay Dairesinin ilk defa aldığı bir görevsizlik kararı mevzu bahisdir. Gerçi Uyuşmazlık Mahkemesinin icabi ihtilâf zımında ittihaz ettiği karar Adliye Mahkemesince hasbelkanun benimsenerek bir vazifesizlik kararına müncer olmakla, yine iki kaza merciinin görevsizlik kararları karşısında kalındığı söylenebilir. Lâkin 4788 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununa göre, bu Heyet'ten sadır olan kararlar bütün kaza mercilerini bağliyacağından, Danıştay 6. Dairesinin görevsizlik kararı bu baptaki kaziyeyi muhkemeye aykırı bulunmaktadır. Her ne kadar bir zühul eseri olarak verilmiş idi ise de, bu kararın düzeltme yolu selbi ihtilâf değil, belki iadei muhakeme tariki olabilirdi (Devlet Şûrası Kanunu m. 48/H). Bu itibarla Uyuşmazlık Mahkemesinin, selbi ihtilâf yoluyla başvuran dâvacı *Kozcu*'nun iadei muhakeme usulüne müracaat etmekte muhtar olduğuna karar vermesi usul bakımından daha doğru olurdu.

IV. — İDARENİN KAZAİ MÜRAKABESİ

İPTAL DÂVASI. İdarenin hukukî ve maddî tasarrufları, İdarî karar, İdarenin davranış ve tutumu, vazifeye fiilen son verme, Maaş vermeme, Memur hakkında tahlikat.

Danıştay Sekizinci Dairesinin, metnini aşağıda dercettiğimiz 8.1.1962 tarihli *Denker* kararında, idarî iptal dâvasının, teorik ve pratik bakımdan çok önemli olan bir noktası, İdare'nin açık ve yazılı bir kararı dışındaki davranış ve tutumlarının iptal dâvasına mevzu teşkil edip edemeyeceği meselesi vaz ve isabetle müsbet şekilde halledilmektedir.

DANIŞTAY (8. Daire), 8 Ocak 1962, *Denker*, Esas: 1961/2414 - Karar: 1962/38

Dâvacı : Necati Denker
Moda caddesi no. 126, Ergin apartmanı, Daire 6, İst.
Dâvalı : İstanbul Ticaret Odası Başkanı

Dâvanın özeti: Ticaret Odası Sanayi ve Tevzi Şubesi Müdürü İken Oda yetkilerince ihtilâlden sonra uzun bir süre için izin verilmiş ve bilâhara 5590 sayılı Kanun ve Tüzüğü hükümlerine aykırı olarak 2.1.1961 tarihinde maaş verilmemek suretiyle fiilen işine son verildiğinden bahisle bu muamelelerin iptali ile maaş ve maaşa merbut diğer haklarının tazminat olarak ödettirilmesi istenmektedir.

Savunmanın özeti: İptal dâvasına konu olabilecek nihai ve icrai bir karar bulunmadığı ve dâvanın reddi gerektiği yolundadır.

Kanun sözcüsünün düşüncesi: Dâvacının vazifesinden mütevellit bir fiilden dolayı hakkında tahkikat icra olunarak mahkemeye verildiği ve aynı zamanda vazifesinden uzaklaştırıldığı anlaşılmaktadır.

İdarenin bu tarz hareketi kanunların idareye verdiği bir tedbir mahiyetindedir. İdari dâvaya mevzu olabilecek bir tasarruf sayılamaz.

Bu itibarla fiihal tetkik kabiliyeti bulunmayan dâvanın bu sebeple reddi gerekeceği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dâvacı, 2 Ocak 1961 tarihinden itibaren maaş almadığını ve böylece fiilen işine son verildiğini ileri sürerek o tarihten başlamak üzere yeni bir göreve atanıncaya kadar aylıkları ile aylığa ilişkin öteki haklarının tazminat olarak verilmesini istemektedir.

Dâvacı, duruşma sırasında verdiği, dâva dosyasına konulan belgelerle, vazife suçundan dolayı sevk edildiği Yargı yerinden beraat ettiğini isbat etmiştir.

İncelenen dosyada iptali istenen karar olarak, İstanbul Ticaret Odası Genel Kâtipliğinin 7.3.1961 gün ve 8060 sayılı yazısında (Memurin Kanununun Mahkemeye sevk edilmiş memurlara maaş verilmeyeceğini âmir bulunduğu) denilmektedir. Bu cihet vârit olmadığı gibi 5590 sayılı kanun ile bu kanuna ilişkin Tüzükte, İdareye böyle bir karar vermeye cevaz verecek herhangi bir hüküm mevcut değildir. Bu sebeple, kanuna aykırı olduğu açık bulunan dâva konusu eylem ve işlemlerin iptali ile dâvacının yeni bir göreve atanıncaya kadar yoksun kaldığı maaş ve öteki haklarının dâvalı idareden alınarak dâvacıya ödenmesine, peşin alınan 250 kuruşun dâvacıya ladesiyle 1000 kuruş ilâm harcının dâvalıdan alınmasına 8.1.1962 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Başkan: Kümbetlioğlu; Üyeler: S. Çolakoğlu, İ. Arar, C. Göydün, İ. Koloğlu.

Hâdisede, ihtilâfa yol açan keyfiyet, «Dâvanın Özeti» ve «Karar» kısmının birinci fıkrasında açıkça ifade edildiği üzere, dâvacının 2.1.1961 tarihinden itibaren *vazifesine fiilen son verilmesi* ve bunun neticesinde *maaş ve teferruatının ödenmemesidir*. Bütün bu hareketler, aslında maddî tasarruflar olup, idari - icrai karar mahiyetinde değildir. Buna rağmen, Sekizinci Dairenin Sayın Hâkimleri, kararlarının üçüncü fıkrasında, «iptali istenen karar olarak, İstanbul Ticaret Odası Genel Kâtipliğinin 7.3.1961 gün ve 8060 sayılı yazısı» nı dâvaya re'sen mevzu ittihaz etmişlerdir.

Halbuki, ihtilâf bu «yazı» dan çok önce 2.1.1961 tarihinde iş yaptırmamak ve maaş vermemek şeklinde tecelli eden maddi tasarruflarla tekevvün etmiş bulunuyordu. Bundan başka, gayet isabetli bir tavsif ile «yazı» olarak kabul edilen Genel Kâtipliğin tebliği, idari - icrai mahiyet ve kuvveti haiz bir hukuki tasarruf sayılamaz. Çünkü Genel Kâtiplik Oda memurlarının vazifesine nihayet vermeğe yetkili bir makam olmadığı gibi, mezkûr «yazı» sında, yanlış da olsa, sadece Memurin Kanununun bir hükmünü ilgiliye hatırlatmış bulunmaktadır. Bu muhtevayı taşıyan «yazı» nın bir karar ve hususiyle iptal dâvasına esas teşkil edebilecek bir icrai karar telâkki edilmesi hukukan mümkün değildir.

Bununla beraber, Sekizinci Daire, kararın hüküm fıkrasında, Ticaret Odasının dâvacı Müdür hakkında yaptığı «eylem ve işlemleri iptal etmekle, ortada sadece bir hukukî muamele bulunmadığını, bunun menşesinde ve aslında bir maddî tasarruf mevcut olduğunu sarahaten kabul ve ifade etmiştir. Yüksek Hey'etin bu tavsif ve hükmü, iptal dâvası nazariyesine pek uygun değilse de; Türk İdare Mevzuatına ve realitelerine tamamen muvafık ve tasvibe şayandır.

Gerçekten, iptal dâvasını düzenleyen 3546 sayılı Danıştay Kanununun 23. maddesinin (C) bendi hükmünce, «idari fiil ve kararlar hakkında...» dâva açılabilceği kabul edilmiştir. Mezkûr bendin, aynı maddenin tam kaza dâvasından bahseden (A) bendine tenazür teşkil etmek üzere, «idari kararlar» yanında zühûlen «idari fiiller» e de yer vermiş olduğu ileri sürülmüş ise de, Kanun vazına hata veya sehiv istinad edilemeyeceğine göre; mevzuubahis ibareyi imale ve tatbik etmek mecburiyeti vardır. Şöyle ki, bir fiil, idari de olsa, maddeten ve hukukan iptal edilememekle beraber; İdarenin bazı davranış ve tutumları pekâlâ kazai murakabe yolu ile müeyyidelenirilirip, islâh veya tashih ettirilebilir. Gerçi bu gibi hallerde açılan idari dâva, kısmen tam kaza dâvasının rolünü oynamakta ve tesirini icra etmektedir; fakat Danıştay hükmü netice itibariyle, İdareyi ihdas olunan hukuka aykırı durumu düzeltmek mecburiyetinde bıraktığından; aslında bir iptal dâvası mahiyet ve kuvvetindedir.

Hâdisede dâvalı Ticaret Odası, iptal dâvasına konu olabilecek nihai ve icrai bir kararı bulunmadığı def'ini dermeyan, Kanun Sözcüsü ise cezai takibat zımında alınmış bir tedbirin mevcudiyetinden bahis etmişlerdir. Ticaret Odasının def'i Fransız İdare Hukukunda «liaison du contentieux» denilen ihtilâfın ihdasını bertaraf eden husumeti kabul etmemeği tazammun etmektedir. Dâvalı İdare, lâyihasında yaptığı hukukî veya maddî muameleyi esas cihetinden

müdafaa ve münakaşaya girişmiş olsaydı, muahheren ihtilâfı ihdas ve kabul etmiş sayılırdı. Nitekim Fransız Devlet Şûrası, bu kabil ahvalde «liaison du contentieux» nün teessüs etmiş olduğunu kabul etmekte ve dolayısıyla, müdafaanamede ifadesini bulan bir idari-icrai karar üzerinde mürakabesini yürütmektedir. Hâdisemizde böyle bir durum da mevzuubahis olmadığından; ilgilinin hak ve menfaatlerini korumak için başvuracağı yegâne çare, Danıştay Kanununun 33. maddesinde derpiş ve tanzim edilen İdarenin sükûtu müessesesine başvurmaktan ibaret idi. Bu yol dört ay gibi uzunca bir müddet beklendikten sonra ancak dâva ikamesine cevaz verdiğinden ve esasen statüden hukuken çıkmamış bulunan alâkadarın yeniden tayini diye bir tasarrufun yapılması da istenemeyeceğinden; pratik olarak elverişsiz ve nazari bakımından yine maddî durumun müeyyidendirilmesine müncer olacaktır.

Kanun Sözcüsünün mütalâasına gelince; Sekizinci Daire, bu vazifesizlik veya yetkisizlik sebebinin, kararının ikinci fıkrasında, dâvacının ibraz ettiği ceza mahkemesinin beraat kararı muvacehesinde vârit görmiyerek işin esasına girmiştir. Filhakika Danıştayın cezaî takibat dolayısıyla memurların işten elçektirilmesi kararını, adli muameleye bağlı muvakkat tedbir mahiyetinde bir idari tasarruf olduğu mucip sebebiyle, İdare mahkemesinin vazife veya salâhiyeti haricinde sayan içtihadı, hâdisede, kovuşturma beraatle neticelenmiş bulunduğundan, artık kabili tatbik değildir. Bütün bu şartlar ve mülâhazalar, İdarenin hukukî tasarrufları dışında, bazı davranış ve tutumlarının, yani maddî tasarruflarının da, iptal dâvası yolu ile kazâî mürakabeye tâbi tutulmasında zaruret ve fayda bulunduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Yüksek Danıştay bu hakikati, Yeni Anayasa 114. maddesinin birinci fıkrasında, «İdarenin hiç bir *eylem* ve işlemi hiç bir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.» hükmü ile kabul ve tesbit etmeden çok önce, 1955 yılında Dâva Daireleri Umumî Heyetinde, *Denker* hâdisesine mümasil bir ihtilâfta ittihaz ettiği *Vaner* kararında benimsemiş ve gereğini yerine getirmiş idi. (D.d.d.u.h., 1.7.1955, *Vaner*, E: 55/46, K: 55/83, D.K.D. 71. 17). Gerçekten, *Vaner* dâvasında, dâvalı Hariciye Vekâleti, vazifesine fiilen son verilen ve maaşları ödenmeyen dâvacı hakkında tetkikat ve tahkikat yapılmakta olup, henüz hakkında kat'î bir karar alınmadan dâva açmağa hakkı bulunmadığı def'ini dermeyan etmiş, ve fakat Yüksek Mahkeme bunu, kararının şu fıkrası ile, vârit görmiyerek işin esasını incelemiştir:

«Dâvacının daimi delegeelik vazifesine son verilirken *yeni bir vazifeye tayin edilmemesi ve kendisine maaş verilmemesi* ile ihtilâf tahaddüs ettiği ve dâvacı bu *muameleye* ittilâ tarihinden itibaren müddeti içinde dâvasını açmış bulunduğu cihetle.....»

İdarenin maddî tasarruflarının, ister muamele veya eylem, ister fiil veya hareket olarak tesmiye veya tavsif edilsin, idare edilenlerin menfaat, hürriyet ve haklarının korunması için bilhassa Türkiye gibi henüz demokratik zihniyet ve tutuma alışmamış bulunan memleketlerde kazai kontrolün dışında bırakılmaması çok doğru ve yerinde bir tedbirdir. Bu bakımdan Yüksek Danıştayın *Vaner* ve *Denker* kararlarında tatbik edilen ve Anayasa ile kabul edilen içti-hadı hararetle tasvip ve tebrik olunmalıdır.

V. — İDARENİN MES'ULİYETİ

AMME HİZMETİ. Zabıta kudreti, Parlayıcı ve patlayıcı maddeler, Belediye deposu, Hizmeti kusuru, Muhatara (Risque) nazariyesi, İdarenin mukaveleleri, Amme tesisi, Yangın, Tam-kaza ve iptal dâvaları, Tazminat.

Danıştay Altıncı Dairesinin, metnini aşağıya dercettiğimiz 13. 12.1961 tarihli *Kemal Film Ltd. Ş.* kararı, İdarenin âmme hizmetlerini veya tesislerini ihdas ve işlemesinden mütevellit mali mes'uliyeti ile idarî mukavelelerin teşhisine yarayan kriterler bakımından ehemmiyetli olan bir takım İdare Hukuku meselelerini ele almakta ve maalesef isabetli hal suretlerine varamamaktadır.

DANIŞTAY (6. Daire), 13 Aralık 1961, Kemal Film Ltd. Ş.,
Esas: 1961/419 - Karar: 1961/3953

- Dâvacı** : Kemal Film Limited Şirketi
İstiklâl Caddesi Türhol Hanı No. 373 - İstanbul.
- Vekilleri** : Avukat Turan Günes ve Samim Akses
Anafartalar Caddesi Ankara Hanı No. 110 - Ankara.
Avukat İhsan Aktürel
Anafartalar Şan Sokak Alemdar Han No. 10 - Ankara.
- Dâvalı** : İstanbul Belediyesi.
- Vekil** : Avukat Orhan Günday.

Dâvanın özeti: Belediyenin Kasımpaşa Kulaksız mevkiinde 1580 sayılı kanunun 15. maddesinin 7 ve 41 inci fıkralarına göre ihdas etmiş olduğu film deposundaki filimlerin 20.7.1959 tarihinde vukubulan yangın neticesinde yanmasıyla uğradığı 1.615.518 liralık zararın gerek 1322 tarihli Devairi Belediyece İhdas Olunacak Gaz

Depolarına Dair Nizamnamenin 5 inci maddesi dahilinde kusursuz mesuliyet esaslarına göre, gerekse filimlerin muhafazası için modern ve fenni bir depo yapmamak, parlayıcı ve patlayıcı maddelerle çalışan işyerlerinde alınacak tedbirler hakkındaki nizamname hükümlerine riayet etmemek ve yangın tertibatı almayıp, sadece iki bekiçi bulundurmak suretiyle ve savcılıkla yapılan tetkikatta yangının muhtemelen bekiçinin içtiği sigaradan çıktığının belirtilmesine nazaran hizmet kusuru esaslarına göre tazminin ödenmesi talebinden ibarettir.

Savunmanın Özeti: 1580 sayılı Belediye Kanununun emrettiği şekilde depoculuk yapılmadığı, filimcilerin işgal ettikleri odanın kiracısı durumunda olup anahtarlarının kendilerinde bulunduğu, esasen Ticaret Mahkemesi ilâmi ve temyiz kararı ile kira münasebetinin sabit olduğu, ayrıca umumi meclisçe de kiraya verilmek suretiyle idaresi yolunda karar alındığı 350.000 lira ödendiğine göre ayrıca Belediyeden bir bedel talep edilemeyeceği, müteaddit vizyonlara konu olan eskimis filimlerin icabından kıymetinin sıfıra düşeceği savunularak dâvanın reddi istenmektedir.

Kanun Sözcüsünün Düşüncesi: Film şirketlerinin film deposunda vukubulan yangın hâdisesi hakkında İstanbul Cumhuriyet Savcılığınca gerekli tahkikat yapılmış bulunmaktadır. Bu tahkikata ait dosyanın celp ve tetkikine lüzum görmekteyiz. Bahis konusu dosya getirtildikten sonra inceleyerek mütalâamızı arzedeceğiz.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Altıncı Dairesince duruşma için gün konulup taraflara davetiye gönderilmiş ve davetiyede gösterilen günde dâvacı vekillerinden Avukat Turan Güneş'in geldiği, tebligata rağmen dâvalı Belediyenin temsilci göndermediği anlaşılınca Kanun sözcüsü Turgut Günalp'in huzuruyla açık duruşmaya başlandı. Dâvacı vekili dinlendikten ve kanun sözcüsünün düşüncesi alındıktan sonra dosyadaki bütün kâğıtlar incelendi.

Dâvacının talebi her nevi müstehl maddeler depoları yapmak ve işletmek vazifesiyle mükellef olan Belediyenin deposunda muhafaza edilmekte iken çıkan bir yangın neticesinde yanmış olan filimlerinden dolayı uğradığı zararın hizmetin kusurlu ve hattâ hiç yapılmaması sebebiyle ve idare hukukunu tazminat hakkındaki müesseses kaide ve nazariyelerine tevfikân tazmini dileğinden ibarettir.

Dâvacının bu şekildeki bir tazminat dâvasını inceleyerek karara bağlayabilmek için evzeleminde Belediyenin böyle bir hizmeti ifa için teşkilât kurup bu teşkilâtı faaliyete geçirip geçirmediği ve şayet kanunla verilmiş olan bu vazifenin ifası için bir teşkilât kurmuş olup da bu teşkilâtın hizmeti kusurlu veya hiç yerine getirmemesi hallerini araştırmak zaruridir. Zira idare hukuku esaslarına göre kamu idarelerinin ifası ile mükellef oldukları hizmetlerin noksan ve kifayetsiz veya kusurlu veya hiç ifa etmemeleri halinde idare hukukunun tazminat esaslarına göre sorumluluğu bahis konusu olabilir. Yoksa kanunla verilmiş bir vazife ve mükellefiyet mevcut bulunsa bile bu hizmetin ifası için bir teşkilât tesis edilmiş olmadıkça idare hukukunun tazminat hususundaki kaide ve nazariyelerine dayanılarak ve hizmetin ifa edilmemiş olması sebebiyle bir tazminat talebi ileri sürülemez. Daha açık bir ifade ile kanunla verilmiş vazifelerin ifası için teşkilât yapmaya ve kamu hizmetleri ihdas etmeye kamu idareleri dâva yoluyla zorlanamaz. Bu cihet idari kazanın sahası dışında kalan bir hususa taallük eder. Kamu idarelerinin

böyle kanunla verilmiş olan vazifeleri yapmaya ancak vesayet mercileri, üst merciler veya bunlar üzerinde doğrudan doğruya nafiz olabilecek tasarrufta bulunabilecekler icbar edebilirler. İdari kazanın görevi ancak kamu hizmetlerinin görülmesi için lüzumlu teşkilât vücuda getirilmek suretiyle bu hizmetlerin ifasına başlandıktan sonra bu hizmetlerin kusurlu, kifayetsiz veya hiç işletilmemesi neticesinde bu hizmetlerin müntefilleri bir zarar gördükleri takdirde zararlarının tazminini istemeleri halinde idari kazanın sahasına giren hukuki münasebetler başlamış olur. Dâva bu esaslar gözönünde bulundurulmak suretiyle bir incelemeye tâbi tutulduktan: gerçekten Belediyenin vazifelerini sayan Belediye Kanununun, 15. maddesinin 41. fıkrası Belediyelere gaz ve her nevi müstelli maddeler depoları yapmayı ve işletmeyi de vazife olarak vermiş bulunmaktadır. Filimlerin de müstelli maddelerden sayılması ve bu sebeple de bu fıkra şumulüne girdiği kabul edilse bile, hâdisede Belediyenin filimlerin muhafazası için bir depo tesis etmek suretiyle bu kamu hizmetinin görülmesi için teşkilât vücuda getirmediği yani bu konuda bir kamu hizmeti ihdas ve tesis etmediği dâva dosyası muhteviyatını teşkil eden vesikaların tetkikinden anlaşılmaktadır. Dâvacıya ait filimlerin yanan yere naklinden evvel Fatih medreselerinde muhafaza edilmekte olduğu ve burasının Belediye tarafından dâvacıya kiralanmak suretiyle verildiği ve filimlerin burada bulundurulmasının yangın tehlikesi arzemesi sebebiyle ve itfaiye müdürlüğü gibi yetkili oazi vazifellilerin ikaz ve ısrarı ve ayrıca bu medreselerin çatılarının akması yüzünden filimlerin zarar gördüğü yolunda bizzat filimciler tarafından Belediyeye yapılmış olan müracaatlar neticesinde buradan tahliye olunarak sözü edilen yere nakledildiği ve nakledilen bu yer Belediyeye ait bir bina olmakla beraber taraflar arasında teati olunan bir sözleşme ile dâvacı gibi filimcilikle uğraşanlara tahsis edilen ve Belediyeye ait bulunan bu binanın tamiratının ve filimleri muhafazaya kifayetsiz bir hale getirilmesinin kendileri tarafından taahhüt edilerek faaliyete geçildiği ve bunun sonucunda da tasarlanan inşa ve onarmalar tamamlandıktan sonra filim muhafazasına mahsus olan odaların filimciler arasında paylaşıldığı ve anahtarları da kendilerinde kalmak üzere filimlerini bu binaya taşıyarak bütün muhafaza tedbirlerinin kendileri tarafından alındığı yine dâva evrakının tetkikinden anlaşılmış bulunmaktadır. Belediyenin burayı bir film deposu haline getirmesi durumu bahis konusu olsaydı burada Belediye adına harekete yetkili ve Belediye teşkilât kadrolarına dahil memurların vazife başında bulunmaları ve filimlerin makbuz mukabilinde bunlara teydi ve teslimi gerekirdi. Halbuki olayda böyle bir halin mevcut olmadığı ve istimal ve tasarrufu kendilerine bırakılmış olan ve anahtarları da yine kendilerinde olan odaların Belediyenin hiç bir idare ve müdahalesi bahis konusu olmaksızın girip çıktıkları ve filim getirip götürdükleri zaten kendilerince de kabul ve itiraf edilmektedir. Esasen Belediyenin burayı kendilerine kiraya vermiş olduğu, kirasının ödenmemesi sebebiyle Belediye tarafından kendi aleyhlerine adli mahkemelerde açılmış olan dâva sonucunda verilmiş ve Yargıtayın tasdiğiyle kesinleşmiş olan hükümlerle de sabittir. Bu da gösteriyor ki dâvacı ile Belediye arasındaki münasebet hususî hukuk hükümlerine tâbi kiralayan ve kiracılık münasebetinden başka birşey değildir. Her ne kadar dâvacı, Belediyelere kamu hizmeti olarak verilmiş olan bu mükellefiyetin ifası özel hukuk rejimine tâbi bir sözleşmeye konu olamayacağını iddia etmekte ise de bu iddiası da yerinde değildir. Zira Belediye böyle bir hizmeti ifa edebilecek şahsî ve aynî vasıtaları tedarik edemeyeceğini kendilerine bildirmiş olmakla beraber sayet bir depo yapmak

külfetini filmcilerin üzerlerine almayı taahhüt ettikleri takdirde bu hizmetin Belediyeye izafeten ve niyabeten ifası hususunun filmciler cemiyetine bırakılabileceği yolunda yaptığı teklif müsbet karşılanıp da bu yolda bir taahhüt altına girilmiş olsaydı işte o vakit idarî bir sözleşmeden söz açmak mümkün olabilirdi. Halbuki Belediyenin kendi imkânsızlıklarından bahisle kendi yerine filmcilerin cemiyetlerinin bu işi yapmaları hakkındaki teklifinin müsbet karşılanmadığı ve reddedildiği anlaşılmaktadır. Kaldı ki dâvacının iddia ettiği gibi Belediye ile kendi arasındaki bu münasebetin bir kiralayan ve kiracılık münasebeti olamayacağı ve olsa olsa bir âmme hizmetinin ifası için aktedilmiş idarî bir sözleşme olduğu farz ve kabul edilse bile bu takdirde de kendileri filmlerini koydukları ve Belediyece tahsis edilmiş olan depoyu Belediyece niyabeten kendi sorumlulukları altında idare ve idame etmekte bulunmuşlar demektir ki Belediyeye niyabeten yaptıkları bu hizmetin kusurlu, noksan, kifayetsiz ve hiç işlememesi gibi vaziyetlerden dolayı yine kendilerinin sorumluluğu bahis konusu olabilir Belediyeye bu itibarla da bir mes'uliyet terettüp edemez. Bundan başka Belediyenin bir âmme kudreti kullanarak Fatih medreselerinden filmleri tahliye ettirmesi o civarın yangın tehlikesinden kurtarılması gibi ayrı bir maksada müstenid bulunan tasarrufu ile filmlerin nakiedildiği binada bir bekeci bulundurması işin mahiyetini ve Belediye ile dâvacı arasındaki münasebetin hukukî vasfını değiştirmez.

Devairi Belediyece ihdas olunacak gaz depolarına dair olan 24 Tesrinievvel 1322 tarihli Nizamnamenin 5 inci maddesinin gaz depolarında vukua gelecek zararların tazmini hakkında bir hükmü muhtevi olması da depolarda vukua gelecek zararların tazmini için Belediyenin idare ve mes'uliyeti altında bir deponun çalıştırılmakta bulunmasının mevcudiyetini belirtmekte olup Belediyenin idare ve mes'uliyetine tevdi edilmemiş bulunan filmlerin nizamnamenin muhtevası içinde müstail bir madde telâkkisi halinde dahi bu hükme istinaden bir tazminat talebinin ileri sürüleceği ayrıca tezahür etmektedir.

Bu sebeplere binaen hiçbir hukukî esas ve mesnede dayanmayan tazminat talebinin reddine, pesin alınan 16156 lira nisbi harçtan 8 lira ilâm harcının mahsubu yapılarak geri kalan 16148 liranın dâvacıya iadesine, işlem dosyasının mahalline gönderilmesine 13.12.1961 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan: V. Tönük; Üyeler: M. Kuşakçıoğlu, S. Aktan, A. Dündar, L. Akyollu

Yüksek Altıncı Daire, Karar Kısmının 3. fıkrasında, çok doğru ve yerinde olarak, «kamu idarelerinin ifası ile mükellef oldukları hizmetlerin noksan veya kifayetsiz veya kusurlu veya hiç ifa etmemeleri halinde İdare Hukuku esaslarına göre sorumluluğu bahis konusu olabilir.» dedikten sonra; anlaşılamiyan bir muhakeme ile, «yoksa kanunla verilmiş bir vazife ve mükellefiyet mevcut bulunsa bile, bu hizmetin ifası için bir teşkilât tesis edilmiş olmadıkça, İdare Hukukunun tazminat hususundaki kaide ve nazariyelerine dayanılarak ve hizmetin ifa edilmemiş olması sebebiyle bir tazminat talebi ileri sürülemez.» şeklinde çok garip ve mütenakız bir hüküm ve neticeye varmaktadır. Gerçi, kararın müteakip cümlelerinde, bu

kaziyenin isnat ettirilmek istendiği İdare Hukukunun bazı prensiplerinden bahsedilmektedir; lâkin bu kaideler İdarenin mali mes'uliyeti ile ve tam kaza dâvası ile ilgili olmayıp, Hukuka tâbiliğine ve iptal dâvasının sonuçlarına müteallik esaslardır. Bu prensiplerin tam kaza dâvalarında da kabili tatbik olduğu bir an için kabul edilse dahi, yukarıda zikrettiğimiz iki hüküm arasındaki tezat, izah ve bertaraf edilemez. Çünkü, ilk cümlede, mutlak ve umumi olarak, hizmetin hiç ifa edilmemesi halinde sorumluluğun mevcudiyeti esası tesbit edildikten sonra; artık bunun, teşkilâtın kurulmuş olup olmamasına göre, varlığı veya yokluğu iddia edilemez. Filhakika, bir hizmetin teşkil edilmiş bulunması halinde, hiç ifa edilmemesi diye bir şey aslâ mevzu bahis olamaz; olsa olsa noksan, kifayetsiz veya kusurlu görülmesi mümkün, muhtemel ve mutasavverdir.

Fakat, Yüksek Heyeti asıl hataya sevkeden âmiler; «âmme hizmeti» mefhumunun sadece maddî veya fonctionnelle mânada alınıp, uzvî (organique) veya formelle bir anlama da geldiğinin nazarı itibare alınmaması; kanunla ihdas edilen hizmetler ile idari kararlar teşkil olunan hizmetler arasında, kurulmama halinde mes'uliyet yönünden bir fark gözetilmemesi ve bir hizmetin İdarece tesisini sağlamağa matuf iptal dâvasının, bu hizmetin kurulup faaliyete geçirilmemesinden mütevellit zararların tazminini istihdaf eden tam kaza dâvasının birbirine karıştırılmış olmasıdır. Bu noktaları, teker teker ele alarak incelemek lâzımdır.

Bir kerre, İdare Hukukunda «âmme hizmeti» dediğimiz, Fransızların «service public» tâbiri, hem halkın umumi ve müşterek ihtiyaçlarını karşılamak için girişilen faaliyetleri veya yapılan işleri; hem de bunları ifa eden kamu idare ve müesseselerini veya teşkilâtını ifade eder. Âmme hizmeti, bunlardan birinde maddî veya fonctionnelle, yani muhtevası veya icra edilen vazife mânasında; diğerrinde ise bu görevi yerine getiren müessese veya teşkilât mânasında anlaşılır veya kabul edilir. Böyle olunca, kamu hizmetinin hiç ifa edilmemesi, bu faaliyetin yapılmasını sağlayacak teşkilât ve vasıtaların tesis ve tedarik olunmaması demek olur. Çünkü, âmme hizmeti, yalnız iş ve ameliye mânasını taşıyan bir mefhum değil, aynı zamanda müessese, teşkilât ve bunun bütün unsurlarını içine alan bir tâbirdir. Binaenaleyh, İdarenin bir kamu hizmeti görmekle mükellef ve muvazzaf olduğu hallerde, ifa zımında ona terettüp eden ilk vecibe teşkilât kurup, bunun aynı, şahsî ve malî vasıtalarını temin etmektir. Bunu yapmayan İdare, âmme hizmetinin ifası husu-

sunda kanuni bir mecburiyeti yerine getirmemiş olmak bakımından hizmet kusuru işlemiş durumdadır.

Mahaza, mevzu bahis teşkilât ve vasıtaların sağlanması, hukuken İdarenin yetkisi dışında ve ancak bir kanunla mümkün ise; bu takdirde kendisine bir kusur atıf ve isnadı mümkün olmadığından, malî mes'uliyeti de bahis mevzuu edilemez. Bu suretle ikinci noktaya intikal etmiş oluyoruz. Gerçekten, münhasıran kanunun, yani teşriî tasarrufun tesis edebileceği ve faaliyete geçirebileceği bir hizmetin ifa edilmemesinden dolayı İdareyi sorumlu kılmak, netice itibariyle, İdarî Kazanın Parlamentoyu mürakabesi altına koyması demektir. İdarî Rejimde yasama tasarruflarının kontrolü, İdare mahkemelerinin vazife ve salâhiyeti haricinde kaldığından; tam kaza tazminat dâvası yolu ile de olsa, teşriî organının hareket-sizliğini veya ihmali müeyyedelendirmek hukuken caiz ve mümkün değildir. Esasen bu halde, İdarenin bir hizmeti ifa hususunda kanuni mecburiyetinden bahsedilemez. Fakat hizmetin ifası için gerekli teşkilât ve vasıtaların temini, İdarenin yetkisi dahilinde ve bu hususta takdir kudreti de yok ise; o zaman hizmetin faaliyete geçirilmemesinden doğan bilcümle zarar ve ziyanın idarî mes'uliyet esaslarına göre tazmin ettirilmesi mümkün ve lâzımdır.

Çünkü bu takdirde, Altıncı Dairenin ifade ettiği veçhile; «kanunla verilmiş vazifelerin ifası için teşkilât yapmağa ve kamu hizmetleri ihdas etmeğe kamu idareleri dâva yoluyla zorlanamaz» ise de; İdarenin kanuni vecibeyi ihmal veya tecahül etmesi, onu tazminat müeyyidesine maruz bırakabilir. Filhakika, İdarenin iptal dâvası vasıtasıyla, kanuni vazifelerini ifaya icbar edilememesi, yani müsbet fiil ve hareketlerle faaliyet ve icraata zorlanamaması, sırf faal İdarenin İdarî Kaza karşısında ayrı ve müstakil olmasından ve binnetice İdare Hâkiminin ona emir ve talimat verememesinden ileri gelen İdare Hukukunun bir zaafıdır. Fakat İdare Mahkemesi, buna mukabil, tam kaza dâvası yolu ile İdarenin her türlü hukukî ve maddî tasarruflarını ve hattâ imtina ve temerrütlerini tazminat müeyyidesiyle karşılayabilir ve dolayısıyla önliyebilir. Diğer bir ifade ile, hâkim İdareyi tazminat tehdidi altında, müsbet işler yapmağa da sevkedebilir; ancak bu hukukî bir imkân ve vasıta olmaktan ziyade, ameli bir netice şeklinde gerçekleşebilir.

Altıncı Daire kararında yer alan, İdarenin kanuni vazifelerini yapmağa ancak idarî vesayet makamlarının veya hiyerarşik mercilerin tasarruf ve emirleri ile icbar edilebileceği hakkındaki esas,

bize Prof. Onar marifetiyle Jeze'den gelen yarım asırlık, eskimiş, terkedilmiş ve esasen hatalı bir görüştür. Çünkü, idari vesayet makamları kanuni istisnalar dışında, ademi merkezîyet idarelerine emir veremezler, bunların yerine geçip tasarrufta bulunamazlar; Devlet hizmetleri de zaten Bakanlar tarafından teşkil ve sevkedileceğinden, hiyerarşi kudretinin bu mevzuda yeri ve tesiri mevzuubahis olamaz. Nihayet Fransız Devlet Şûrası, İdarenin kanuni mecburiyetleri yerine getirmemesini başlı başına bir mes'uliyet sebebi olarak kabul ve tatbik ettiğinden; bir âmme hizmetinin, takdir kudreti dışında, ihdas ve işletilmesinden imtina halinde İdareyi hizmet kusuru nazariyesine binaen sorumlu tutmaktadır.

İşte yukarda belirtmeğe çalıştığımız bugünkü İdare Hukuku prensiplerini hâdisemize tatbik ettiğimizde; Altıncı Dairenin kabul ettiği hal suretinde isabet olmadığını görürüz. Şöyle ki, 1580 sayılı Belediye Kanununun 15. maddesinin 7 numaralı bendi, muayyen miktardan fazla kabili iştiâl ve infilâk maddelerin Belediye depolarından başka yerlerde bulundurulmasını, re'sen icra ve cezai müeyyide tehdidi ile yasak etmiş; 41 numaralı bendi, «Belediyeyi gaz ve her nev'i müştail maddeler depoları yapmak ve işletmek» le mükellef kılmış ve 16. maddesinin bir numaralı bendi ile de, mezkûr 15. maddenin 7 ve 41 numaralı bentlerindeki vazifeleri, her Belediyenin mecburi görevlerinden saymıştır. İstanbul Belediyesi, mevzuubahis hükümlerin yüklediği vazifeyi, sinema filimleri için, önce harap halde bulunan Fatih medreselerini; bilâhare daha iyi vaziyette olmıyan Kulaksız mevkiindeki kendi binasını depo şeklinde kullanmak veya kullandırmak suretiyle ifa etmiş görünmektedir. Görünmektedir, diyoruz, çünkü bu yerlerde ve bildirilen şartlar altında yapılan iş, aslında bir âmme hizmeti mahiyetinde depoculuk faaliyeti olan kanuni vazifenin hiç ifa edilmemiş bulunduğunun kabulünü gerektiren vasıftadır. İstanbul Belediyesinin böyle, âmme hizmeti ile bağdaşamıyacak bir tarzda hareket etmiş olması, ancak malî endişe ve mülâhazalara hamledilebilir. İdari zabitanın emniyet ve selâmet mevzu ve maksatlarına taallûk eden kabili iştiâl ve infilâk maddelerin depolandırılması hizmetinin malî gayelerle ihmal edilmesi veya çok kötü ifa edilmesi, hukuken tecviz edilemeyeceğinden; Belediyenin mesuliyetini mucip olacak bir tutumdur. Bu itibarla, İstanbul Belediyesi, sinema filimlerinin depolanması vazifesini, ister hiç ifa etmemiş telâkki edilsin, ister noksan ve kifayetsiz şekilde yerine getirilmiş sayılsın, her halûkârda kusurlu bulunduğundan;

deponun yanması neticesinde husule gelen zarar ve ziyanı tazminle mükelleftir.

Bundan başka, İdare Hukuku esaslarına göre, bir nafia veya âmme tesisi olan Belediye deposunun mahiyet ve mevcudiyetinden münbais zararların, «risque» (muhatara) nazariyesine binaen, o tesisin sahibi ve işleticisi tarafından tazmin ve telâfisi lâzım gelir. Her ne kadar hâdisede mevzu bahis olan depo, harap halde alelâde bir binadan ibaret ise de; hukuken depo ittihaz edilmekle kusursuz, yani objektif mes'uliyeti kendiliğinden celbetmiş durumdadır.

Gerçi, Altıncı Daire kararında, bina için Belediye ile filimçiler arasında mün'akid bir mukaveleden, bunun hususî bir kira mı, yoksa idarî bir imtiyaz mı olduğundan uzun uzun bahsedilmekte ve netice itibariyle her iki halde de İdarenin ademi mes'uliyetine hükmolunmaktadır. Fakat, Yüksek Hey'et bu münakaşaları yaparken, esas mevzuun âmme kudretiyle ilgili bir idarî zabıta faaliyeti olduğunu unutmuş veya nazarı itibare almamıştır. Mamafih, Danıştayın daha önce gaz depolarının tesis ve işletilmesinin imtiyaz mukavelesi yolu ile hususî şahıslara devir ve ifasına cevaz veren bir içtihatla bulunduğu malûmdur (D.6.d. 8.3.1955, Mobil Oil TAŞ., Esas: 953/2146, Karar 955/609, Tekoğlu ve Silâhtar - Türk Belediyesine Ait Mevzuat, İstanbul 1961, s. 29; D.6.d., 3.5.1955, İstanbul Belediyesi, Esas: 53/1231, Karar: 55/1132, D.K.D. 70. 167). Ancak, bu içtihat idarî zabıta teorisi ile kabili telif olmadığı gibi; bunun *Kemal Filim Ltd. Ş.* hâdisesine tatbiki de doğru ve yerinde değildir. Kaldı ki; Belediye Kanununun 18. maddesi, Belediyelerin imtiyaz veya ruhsat usulleri ile tedvir edebilecekleri hizmetlerin nelerden ibaret bulunduğunu tadadî ve tahdidî surette göstermiş olup, gaz ve müştail maddeler depoları bunlar arasında sayılmamıştır. Gerçekten, İdare Hukuku esaslarına göre, âmme kudretinin istimalini gerektiren zabıta hizmet ve vazifeleri münhasıran ve bizzat âmme idare ve müesseseleri tarafından yapılmak lâzımdır. Bu faaliyetler, ne hususî, ne de idarî mahiyette herhangi bir mukaveleye mevzu teşkil edemezler. İdarenin bu mevzuda aktettiği ve edeceği bilcümle mukaveleler bâtil ve hattâ keenlemyekûn hükmündedir. Binaenaleyh, hâdisede Belediye ile filimçiler arasındaki mukaveleye dayanılarak hiç bir hüküm tesis edilemez. Yargıtay'ın bu mukaveleyi muteber ve sahih sayıp, kira akdi olarak tavsif etmesi ve gereğince karar vermiş bulunması, hukuken yok olan bir tasarrufu kaziyei muhkeme de ihya edemeyeceğinden; Yüksek İdare Mahkemesini bağlayamaz. Kaldı ki, bu mukavele sadece butlan ile malûl olsa dahi, Adli Kazanın hukukî

tavsifi İdari Kazayı ilzam edemiyeceğinden; yine de mevzu bahis ihtilâfta nazara alınmamalı idi.

Nihayet, dâvada kusursuz mesuliyetten istifade için istinad olunan ve kararda Belediyenin teşkilât ve idaresinde bir deponun mevcut bulunmadığı mucip sebebiyle bertaraf edilen, 24 Teşrinievvel 1322 tarihli Devairi Belediyece İhdas Olunacak Gaz Depolarına Dair Nizamnamenin hâdisede, Altıncı Dairenin bir «paradoxe» la müştail madde olduğundan şüphe eder görüldüğü sinema filimleri ihtilâf konusu bulunduğundan, kabili tatbik olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü, bu Nizamname; birinci maddesindeki «gaz, benzin ve emsali» tâbiri ile, daha ziyade petrol nevinden olan müştail maddeleri şumulüne almaktadır.

Netice olarak, Fransız Devlet Şûrasının Idareyi mes'ul ve tazminata mahkûm etmek için, Devletin el koyduğu hususi bir şahsa ait biçerdöğür makinasının sebebiyet verdiği yangın hâdisesinde Valinin bu hizmeti tertiplemesini ve nazari otoritesi altında yürütmesini kâfi gördüğü bir devirde, (C.E., 21 Octobre 1949, Cie d'Assurance La Mutuelle du Mans, Dalloz 1950. 162, note M. Waline) Danıştayın *Kemal Filim Ltd. Ş.* hâdisesi dolayısıyla İstanbul Belediyesini sorumlu tutmaması cidden düşündürücü bir keyfiyettir.

Prof. Dr. Lâtfi DURAN