

B. MEDENİ HUKUK

Evlilik dışı çocuk adına kayyım tarafından açılan
babalık dâvasında dâva süresinin başlangıcı

(Yargıtay Tevhidi İçtihat Büyük Heyetinin 2.5.1960 gün ve E. 5/K. 8 sayılı kararı) *.

«Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumi Heyetinin 9.9.1959 tarih, 2/35-35 sayılı kararı ile İkinci Hukuk Dairesinin 4.11.1959 tarih, 4397/5006 sayılı kararı arasındaki içtihat ihtilâfının halî İstanbul Barosunda kayıtlı Avukat İhsan Tezel'in 15.12.1959 tarihli arzuhalle vâki olan müracaatına atfen Birinci Reislik makamınca istenmekle, toplanan Tevhidi İçtihat Büyük Heyetinde mesele müzakere edildi:

Hukuk Umumi Heyetinin yukarıda tarih ve numarası yazılı kararıyla: «Evlilik haricinde doğan çocuğun ikame edeceği babalık dâvasına alt Medeni Kanunun 296 ncı maddesinde yazılı bir senelik müddetin kayyım tayini tarihi müddetinden başlayacağına dair kanunda bir hüküm bulunmadığından, mezkûr maddenin sarahati vechile müddetin doğumdan itibaren başlayacağı» içtihat edilmiş olduğu halde, İkinci Hukuk Dairesi kararıyla «bir yıllık müddetin çocuk namına dâva acmaya salâhiyetli kimsenin tayininden itibaren başlayacağı» neticesine varılmış olduğundan bu iki karar arasında açık ve bariz bir içtihat ihtilâfının mevcudiyeti müşahade edilmekle, ihtilâfın halî iüzumuna ittifakla karar verildikten sonra cereyan eden müzakerelerde:

Heyet âzasından bazıları Medeni Kanunun müddetin mebdetini tayin eden 296 ncı maddesinin sarahati sebebiyle Hukuk Umumi Heyeti kararının kanuna uygun, buna mukabil daire kararının isabetli bulunmadığı kanaatini izhar etmişlerdir. Ekalliyetin görüşünü ifade eden bu telâkkiye göre, çocuk namına açılacak dâvada müddetin mebdetinin kayyım tayini tarihi olarak kabulü Medeni Kanunun 296 ve 298 inci maddelerinin ihlâl ve ihmali olacaktır.

Umumi Heyet ekseriyetince, ekalliyetin bu görüşü aşağıda izah olunan sebepler dolayısıyla varit görülmemiştir.

Şöyle ki, Medeni Kanunun 295 inci maddesine göre babalık dâvasını ikame hakkı, ana ve çocuğa tanınmış haktır. Ana ve çocuğun bu hakları yekdiğerinden müstakildir. Öyle ki, bunlardan birinden feragat, diğeri üzerinde tesir husule getirmez. Zira korunmak istenen hak ve menfaatlerin hususiyeti bunu zarurî kılmıştır. Filhakika ananın menfaatleri kadar çocuğun menfaatleri de bahis konusudur. Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarının sarîh metnine dayanan bu görüş, İsviçre'de ilmi içtihatlar ve mahkeme kararlarıyla kabul edilmiştir (Egger, Çağa Ter. sa. 231-232; Tour, Artus Ter. sa. 261, No. 3 ve sa. 262, Not 35; JdT - 1939 II 587).

İlmi içtihatların ittifakla kabul ettiği diğeri bir husus da evlilik haricinde doğan çocuğun anasının çocuk üzerinde velâyet hakkını haliz bulunmaması keyfiyettir. (Egger - Çağa Ter. sa. 231 - 232; Tour - Artus Ter. sa. 256; Gönensay, 1940, cilt ve kısım 2, sa. 102). Bu cihet Medeni Kanunun 298 inci maddesinin sarahatinden

[*] RG., 5 Ağustos 1960, sayı 10570. Ayrıca, Son İçtihatlar, Sene XVIII, Cilt XX, No 154, 1 Ocak 1961, S. 4613/4616.

de anlaşımaktadır. Filhakika, kanun koyucu evlilik haricinde çocuk doğuran kadını, çocuğun haklarını müessir bir şekilde korumağa ehli görmediği için, bu hakkı doğrudan doğruya ona vermemiştir. «Ananın maddi ve manevi sıkıntı içinde bulunması, tereddütler geçirmesi, çocuğun babası ile evlenmeği ümit etmesi, zillet ve hicaptan korkması, hukuki bilgiden mahrum bulunması» gibi sebepler bu hakkın anaya tanınmamasını zaruri kılmıştır (Egger - Çağa Ter. sa. 231-232).

Ananın çocuk üzerinde doğrudan doğruya velâyetini kabul etmeyen ve çocuğa müstakil dâva hakkı tanıyan kanun, çocuk namına bu hakkın kullanılmasına imkân vermek için, 298 inci madde hükmiyle bir kayyım tayinini mecburî kılmıştır. Çocuğun menfaatlerini korumak, ezeümle çocuk namına dâva açmak selâhiyetini haiz bulunan bu kayyım, ana tarafından gebeliğin haber verilmesi halinde daha gebelik devam ederken derhal tayin edilebileceği gibi, keyfiyetin doğumdan sonra haber alınması halinde yine derhal tayin olunacaktır.

Kayyımın gebelik esnasında tayini halinde, gerek ana, gerekse çocuk tarafından açılacak babalık dâvasına ait müddetin, 298 inci maddenin sarahati vechile doğumdan itibaren başlayacağına şüphe edilemez. Ancak kayyım, doğumdan muayyen bir müddet geçtikten ve meselâ bir sene dolduktan sonra tayin edilmişse, çocuğa ait dâva müddetinin yine doğumdan itibaren başlayacağını kabul etmek, 295 inci madde hükmü ile çocuğa tanınmış hakkın, daha istimal imkânı tahakkuk etmeden ortadan kalkması gibi bir neticenin kabulünü tazammun eder ki, böyle bir netice kanunun metnine olduğu kadar, ruh ve gayesine de aykırı düşer. Binaenaleyh, kayyımın doğumdan sonra tayin edilmesi halinde çocuğun, babalık dâvası için kanunen muayyen olan bir yıllık müddetten tam olarak istifade edebilmesi maksadıyla, bu müddetin kayyımın tayini tarihinden itibaren işlemeğe başlamasını kabul etmek zaruridir. Kanun hükümlerinin bu yolda tefsiri, azınlık görüşünde ifade edildiği gibi, 296 ve 298 inci maddelerin ihlâl ve ihmali neticesini husule getirmeyip, bilâkis mezkûr hükümlerin kanunun gayesine uygun bir şekilde tatbikini temin etmektedir. Buna mukabil azınlık noktası nazarının kabulü halinde, 298 inci maddenin tatbikinin ihmaline müsaade olunmakta ve çocuğa dâva hakkı tanıyan 295 inci madde hükmü, rübütün bertaraf edilmektedir. Zira hakkın sâkit olduğunun kabulü, 295 inci madde hükmünün bertaraf edilmesinden ve kayyım tayini hakkındaki mecburî hükmün de faydasız ve işlemez bir hale getirilmesinden başka bir netice hasil etmez. Kanun hükümleri bir küll teşkil ettiğinden, bu hükümlerin hep birlikte göz önünde bulundurulurak mânâlandırılması tefsir kaidesi icabıdır. Bu hükümlerden birisini tamamen ihmâl ederek diğerini tatbik kalkışmak, kanunun gayesine tamamen yabancıdır; ve hattâ bazan zararlı ve tehlikeli neticeler husule getirebilir. Filhakika hâdisede kanun babalık dâvası müddetinin doğumdan başlayacağı hükmünü vazederken, kayyımın gebelik esnasında tayin olunacağını gözönünde bulundurmıştır. Bu şartlardan biri tahakkuk etmediği takdirde, artık diğer şartın da aranmaması yani müddetin cereyana başlamasının bahis mevzuu edilmemesi icabeder. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bunu bir kararında kabul etmiş olduğu gibi İsviçre Medeni Kanununun bu kısmını serh eden Prof. Egger ve Türk doktrininde bu mevzuu temas eden müellifler bunu kabul etmişlerdir. (BGE. 45 II 237; Egger, Çağa Ter. sa. 219-222; Aksoy, Kötü durumda evlilik dışı çocuklar, 1943, sa. 133-136).

Netice: Evlilik dışında doğan çocuk namına açılacak babalık dâvasının, çocuğun menfaatlerini korumak için tayin olunacak kayyımın doğumdan sonra tayin olunması halinde Medeni Kanunun 295 inci maddesiyle tayin olunan bir yıllık babalık dâvası müddetinin kayyımın tayini tarihinden itibaren başlayacağına 2 Mayıs tarihinde üste ikiylı gecen ekseriyetle karar verildi.

I — 1. Medeni Kanunumuzun 295 vd. maddeleri babalık dâvasını düzenler. Kanun 295. maddesinde (ZGB 307) bu dâva hakkını vermekte ve ayrıca kimlerin bu hakka sahip olacağını da düzenlemektedir¹. Dâvanın konusu ise MK. 297 (ZGB 309) hükmüyle tayin edilmektedir. Bu hükme göre, dâva sadece bazı malvarlığı edimlerine matuf olabileceği gibi (MK. 304/306; ZGB 317/319); doğrudan doğruya kişisel sonuçlarıyla babalığa hüküm olunmasına da yönetilebilir².

[1] Egger, Art. 307, N. 4.

[2] Durum Alman Hukukunda farklıdır. Bu çevrede, evlilik dışı çocukla onun babası arasında hukuki anlamda herhangi bir nesep bağı mevcut değildir (BGB, § 1589/II). Bu sebepten, evlilik dışı babanın, çocuk üzerinde bir velâyet hakkı mevcut olmadığı gibi, aralarında miras hukuku bakımından da bir münâsebet yoktur. Bununla beraber, kanun, muhtemel babaya karşı evlilik dışı çocuğa bir nafaka talebi (Unterhaltsanspruch) bahsetmiştir (BGB, § 1708). Roma Hukukuna yabancı olan bu dâva, kökü itibarıyla Cermen Hukukuna özeldir. Oradan Ortak Hukuka geçmiş, Ortak hukuktan da BGB. ye girmiştir. İsviçre / Türk hukukunun, malî sonuçlarıyla babalık dâvasını karşılayan nafaka dâvası (Unterhaltsklage) ile evlilik dışı babaya karşı mal varlığı yönünden bazı mükellefiyetler yükleyen bir talep yönetilir. Bu dâva, baba ile evlilik dışı çocuk arasında bir nesep bağı kurmayıp, babaya sadece bazı malî mükellefiyetler (nafaka) yüklemektedir. Bu bakımdan burada, bir anlamda ödeme babalığından bahsetmek mümkündür. Alman hukukundaki ödeme babası (Zahlvater) veya ödeme babalığı (Zahlvaterschaft) terimleri ilmi bakımdan tatmin-kâr olmamasına rağmen, uygulamaya yerleşmiştir. (Bak: Erman / Hefermehl, Anm. 1 zu § 1717; Kempf, s. 21).

Alman Hukukuna göre evlilik dışı çocuk, 18 yaşını tamamlayana kadar evlilik dışı babadan nafaka isteyebilir (§ 1708). BGB. nin bu hususu düzenleyen § 1708. hükmü, 1.1.1962 tarihinde yürürlüğe giren Familienrechtsaenderungsgesetz ile değiştirilmiştir. Yeni hükme göre, eskiden 16 yaşın tamamlanmasına kadar talep edilebilen nafaka, şimdi 18 yaşın tamamlanmasına kadar istenebilecektir. Nafaka borcu para ödemek suretiyle ifa edilir. Familienrechtsaenderungsgesetz, nafaka bedellerinin üç ayda bir ödenmesini emreden eski § 1710 hükmünü de değiştirmiştir. Yeni sevkedilen hükme göre, nafaka bedelleri aylık olarak ödenecektir. Alman hukuku, evlilik dışı babaya bir nafaka mükellefiyeti yüklemek suretiyle, evlilik dışı çocuğun kötü durumda olmasından doğan mahzurları nisbeten gidermek istemiştir. Bu bakımdan, evlilik dışı çocukların, bazen maddî hususlarda evlilik içi çocuklardan daha iyi durumda oldukları dahi müşahede edilmektedir (Bak: Lehmann, § 36 II 2).

Nafaka dâvasının (veya uygulamaya yerleşen deyimle ödeme babalık dâvasının) yanında, Alman Hukukunun, evlilik dışı çocuklar için tanıdığı diğer bir dâva da soy (nesep) dâvası idi (Abstammungsklage) (Bak: Kempf, s. 26). Soy dâvası, evlilik dışı çocuğun sadece babanın soy kan bağından geldiğini tesbit ediyordu. Bu görünümü ile soy dâvası, bir müspet tesbit dâvasıydı. Bununla beraber, aynı dâvanın, bu defa evlilik dışı baba tarafından bir menfi tesbit dâvası olarak açılabilmesi de mümkündür (Bak: Beitzke, § 33, IV, 5). Önceleri, bu dâvanın açılabilmesi için özel bir tesbit menfaatinin mevcut olması aranıyordu (ZPO, § 256). Ayrıca, soy dâvasının,

2. Babalık dâvasının mahiyeti tartışmalıdır. Alman hukukunda nafaka dâvasının (= veya ödeme babalığı dâvasının) bir edim dâvası olduğu savunulur³. Buna karşı, soy veya nesep dâvasının (Abstammungsklage) ise bir tesbit dâvası olduğu ileri sürülmüştür⁴. İsviçre ve Türk hukuklarında ise babalık dâvası, her iki tipi bakımından da daha farklı bir görünüm arzeder. İsviçre Medeni Kanununun Almanca metni, babalık dâvasının daha ziyade bir tesbit dâvası olduğu izlenimini uyandırmaktadır: «Die Mutter eines ausserehelichen Kindes ist berechtigt, zu verlangen, dass die Vaterschaft durch den Richter festgestellt werde» (ZGB. 307/1)⁵. Nitekim eski şarihlerden *Curti/Forrer* de kişisel sonuçlarıyla babalık dâvasını bir tesbit dâvası olarak nitelendirmişlerdir⁶. *Egger* ise, her iki görünümü ile bu dâvanın bir edim dâvası olduğunu savunur⁷. Bu görüş, babalık dâvasının doğrudan doğruya mali edimlere yönelen tipini açıklamak bakımından doğru sayılabilirse de, kişisel sonuçlarıyla babalığın hüküm altına alınmasını amaçlayan dâva tipi bakımından isabetli görünmemektedir. Bizim hukukumuzda, mali sonuçlarıyla babalık dâvası bir edim dâvası olduğu halde, kişisel sonuçlarıyla babalığın hüküm altına alınmasını amaçlayan dâva yenilik doğuran bir dâvadır (Gestaltungsklage). Zira, evlilik dışı çocuk ile baba arasındaki kişisel münasebetler ancak mahkeme hükmünün kesinleşmesiyle doğar. Bu sebeptendir ki, *Guldener*, yenilik doğuran dâva tiplerini sayarken haklı sebeplerden dolayı bir ortaklığın feshi, boşanma, evlenmenin butlanı, iflâsın açılması v.s. dâvalar yanında kişisel sonuçlu babalık dâvasını da isabetle

bir ailevi durum dâvası (Familienstandprozess) olmadığı kabul ediliyor ve verilen hükmün de, herkes için ve herkese karşı etkili olmadığı belirtiliyordu (ZPO § 643). Sonradan, Reichsgericht, Üçüncü Reich'in irka verdiği önemi gözönünde bulundurarak durumunu değiştirdi ve evlilik dışı çocuğun kan soy bağının da, evlilik içi nesep gibi ZPO § 640 daki kişisel durum dâvası (= ahvali şahsiye dâvası, Statusverfahren) ile herkese karşı ve herkes için etkili olabilecek bir şekilde tesbit ettirilebileceğini kabul etti (Lehmann, § 37 V). 1945 den sonra ise, sürekli içtihatlar soy dâvasını reddettiler. (Daha geniş bilgi için bak: *Beitzke*, § 33 IV 5).

[3] *Lehmann*, § 36 I; *Rosenberg*, § 162 I 1.

[4] *Beitzke*, § 34 IV 5. Alman hukukunda, taraflardan birinin diğeri üzerinde velâyet hakkına sahip olup olmadığının tesbiti için bir dâva açılabilceği gibi (ZPO, § 640), bir tarafın, diğerrinin kan soy bağından gelip gelmediğinin tesbiti için de bir tesbit dâvası açılabilir. Bak: *Rosenberg*, § 162 I 1.

[5] *Silbernagel*, Art. 307, N. 4.

[6] *Curti/Forrer*, Art. 309, N. 9. Keza *Weiss*, ZSR. 15, 38.

[7] *Egger*, Art. 307, N. 4.

belirtmektedir⁸. Şüphesiz ki, her babalık dâvasında ilk olarak bir tesbit yapılmakta ise de, İsviçre/Türk hukuku bakımından babalığın tesbiti, malvarlığına ilişkin edimler veya babalığa hüküm için sadece bir *gerekçeden* (Motiv) ibarettir. Yoksa, bizim hukukumuzda, babalık dâvasında ayrı bir tesbit talebine ihtiyaç yoktur⁹.

3. MK. 295 (ZGB. 307) hükmüne göre babalık dâvası, ana veya çocuk tarafından açılabilir. Ananın ve çocuğun dâva hakları birbirinden bağımsızdır. Her bir hak bağımsız olarak ileri sürülebileceği gibi, yine bağımsız olarak feragat edilebilir¹⁰. Kanunun, ana yanında evlilik dışı çocuğa da böyle bir dâva hakkı tanınması, ananın, evlenme şansını güven altına almak için aşırı tavizler vermek zorunda kalması halinde çocuğun menfaatlerini korumak amacını gütmektedir¹⁰. Bu bakımdan, Yüksek Mahkememizin içtihadı birleştirme kararında bu noktayı özellikle belirtmesinde isabet vardır.

4. Bununla beraber, evlilik dışı çocuk doğuran kadın, çocuğun haklarını etkili bir şekilde korumağa çok defa ehil değildir. Zira, Yüksek Mahkememizin de *Egger*'e yollama yaparak açıkça belirttiği gibi «ananın maddi ve manevi sıkıntılar içinde bulunması, tereddütler geçirmesi, halâ çocuğun babasıyla evlenmeyi ümit etmesi, zillet ve hicaptan korkması ve hukuki bilgidен mahrum bulunması»¹¹ çocuğun menfaatlerinin gerektiği şekilde korunamayacağı endişesini doğurduğundan, kanun koyucu, evlilik dışı çocuğun velâyetini hiç değilse başlangıçta anaya tanımamıştır¹². Bu bakımdan, kanunumuzun 298. maddesine (ZGB. 311) göre, vesayet makamının, evlilik dışı bir doğumdan haberdar olması veya ana tarafından

[8] Guldener, § 32 dip notu 1; Sungurbey, s. 302.

[8 a] Silbernagel, Art. 307, N. 6; Leuch, Art. 174, N. 2; Egger, Art. 307, N. 6.

[9] Egger, Art. 307, N. 10. Zürich İstinâf Mahkemesi de bir kararında her iki talebin birbirinden bağımsız olduğunu isabetle açıklamaktadır (SJZ, 14, 108).

[10] Tuor, § 35 I b 3.

[11] Egger, Art. 311, N. 1.

[12] Anaya ve hisimlarına karşı aynen evlilik içi çocuğun hukuki durumuna sahip bulunan evlilik dışı çocuk (MK. 290, 311/1-2; § 1705), Alman hukukunda dahi ananın velâyetli altında değildir (§ 1707/1). Ana, evlilik dışı çocuğa karşı bakım mükellefiyetiyle yükümlü bulunduğu haldе, çocuk üzerinde velâyet hakkı ve temsil yetkisi yoktur. (Bak: Lehmann, § 35, III; Mittelis, s. 145). Buna karşı Alman Demokrat Cumhuriyetinde (Doğu Almanya'da) ise durum farklıdır (Bak: Beltzke, § 33, I, 4). Bununla beraber, 1.1.1962 tarihinde yürürlüğe giren Familienrechtsänderungsgesetz ile § 1707 hükmüne ikinci bir fıkra eklenmiş ve bu hükümle, vesayet makamının evlilik dışı çocuk üzerindeki velâyet hakkını reşit olan anaya verebilmesi mümkün kılınmıştır. Bu hükmün, bu konudaki doktrinal gelişimi yansıttığı söylenebilir (Bak: Lehmann, § 35, III).

gebeliğin bildirilmesi halinde, çocuğun menfaatlerinin korunması amacıyla bir kayyım tayin etmesi icap etmektedir.

II — 1. MK. 298 (ZGB. 311) e göre vesayet makamınca *vakîf* geçirmeden tayin edilmesi gereken¹³ kayyımın görevi, genel olarak çocuğun menfaatlerini korumaktır¹⁴. Bu husus, mehzazın fransızca, italyanca ve almanca metinlerinden olduğu kadar (ZGB. 311), MK. 298 hükmünden de açık olarak anlaşılmaktadır. Bununla beraber, bu konudaki her türlü tereddütü bertaraf etmek için Yüksek Mahkememizin, doğumdan önce veya sonra olsun kayyımın *derhal* tayin edilmesi gerektiğini açıkça belirtmesi son derece isabetlidir. *Egger*, vesayet makamınca kayyım olarak tayin olunacak kimsenin kavrayış, hukuki bilgi, tecrübe gibi bazı özel niteliklere sahip olması lüzumunu isabetle belirtiyor¹⁵. Böylece çocuk, babalık dâvasında işten anlayan bir mümessil kazanmış olmaktadır.

2. Kayyım, genel olarak çocuğun menfaatlerini korumakla görevlidir. Bu menfaatler içinde onun en önde gelen ödevi, çocuğun babaya karşı olan malvarlığına ilişkin menfaatlerini koruyup, teminat altına almak ve şartları mevcut ise babalık dâvasını açmaktır¹⁶. Bu dâvayı açabilmek için kayyım, anadan evlilik dışı babanın adını isteyebilir. Böyle bir talep karşısında ana, evlilik dışı babanın adını vermekle mükelleftir. Bu mecburiyet sadece ahlâkî bir borç olmayıp, ananın evlilik dışı çocuğa karşı olan bakım, yedirme ve giydirme mükellefiyetinden doğmaktadır (MK. 311/2, 261; ZGB. 324/2, 272)¹⁷.

[13] *Egger*, Art. 311, N. 3; *Curti/Ferrer*, Art. 311, N. 5.

[14] Bakım mükellefiyeti, Alman Hukukunda olduğu gibi, bizim hukukumuzda da kayyım değil, fakat anaya aittir (BGB. § 1707/1; ZGB. 324/2; MK. 311/2). Bununla beraber, kayyım bu mükellefiyetin yerine getirilip getirilmediğini denetlemek ve gerektiğinde, bu konuda vesayet makamından talimat istemekle de görevlidir. (Bak: *Egger*, Art. 311, N. 9).

[15] Kayyımın çok defa bu gibi işleri meslek edinmiş kimselerden seçilmesi gerekir. Böylece, *Egger*'e göre hiç bir hüküm, meslekî ve resmî vesayet kurumunun gelişmesine MK. 298 (ZGB. 311) hükmü kadar etkili olmamıştır.

[16] *Silbernagel*, Art. 311, N. 21; *Egger*, Art. 311, N. 6.

[17] Ana ile, çocuk kendisinden olan kimse (*Schwaengerer*) arasında, babanın adını vermemek hususunda, başlangıçta yapılan taahhütler muteber değildir. Böyle bir taahhüde aykırı olarak, adının, ana tarafından kayyımına bildirilmesi halinde, evlilik dışı baba, bunun için vermiş olduğu ivazı anadan talep edemez. (MK. m. 65, OR. 66). Buna karşılık ananın, bir *tazminat akdi* (*Abfindungsvertrag*) sonucunda, susma mükellefiyetini üstlenmesi caizdir. (Bak: *Egger*, Art. 311, N. 8). Alman hukukunda evlilik dışı çocuk ile babası arasında çok sık rastlanan bu tip akdier hiç bir

3. Evlilik dışı çocuğun menfaatlerinin korunması ve özellikle evlilik dışı babaya karşı babalık dâvasının açılması için vesayet makamınca tayin olunan kayyım, temsil kayyımlığının özel bir türünü teşkil eder (MK. 376; ZGB. 392). Kayyımın tayin şekli bakımından kanunumuz iki durumu ayırt etmiştir: a) MK. 298 (ZGB. 311) hükmüne göre kayyım, genel olarak *doğumdan sonra* tayin edilir. Bunun için de, vesayet makamının evlilik dışı bir doğumdan herhangi bir şekilde haberdar olması kâfidir¹⁸. b) Buna karşılık, *doğumdan önce* kayyım tayininde ise, gebeliğin ana tarafından bildirilmesi aranmaktadır (HUMK. 492).

4. Kayyım tayinine yer bakımından yetkili olan vesayet makamı, kayyımın tayin şekline göre değişir:¹⁹

a — Doğumdan önce kayyım tayin edilmesi halinde, yer bakımından yetkili makam, ananın ikametgâhı vesayet makamıdır¹⁹. Bu husus tereddüde yer vermeyecek kadar açıktır. HUMK. 492. maddesine göre «..... hiç evlenmemiş olan her kadın, sulh mahkemesine müracaatla gebe olduğunu bildirerek, çocuğuna kayyım tayinini talep edebilir.» Şayet ana ikametgâhını değiştirirse, yeni bir kayyım tayin edilmediği sürece kayyımın ve vesayet makamının görevleri devam eder.

b — Bununla beraber, olayların büyük bir çoğunluğunda kayyımın doğumdan sonra tayin olunduğu görülür. Bu halde, Medeni Kanunumuz kayyım tayininde yetkili vesayet makamını açık olarak belirtmiş değildir. İmdi, özellikle çocuğun bulunduğu ve bakılmakta olduğu yerin, ananın ikametgâhından ayrı olduğu durumlarda, evlilik dışı çocuk için kayyım tayinine acaba hangi vesayet makamı yetkili olacaktır? Bu konu, doktrinde ve uygulamada çekişmelidir.

aa. Bir görüşe göre, doğumdan sonra dahi kayyım tayininde yine ananın ikametgâhı esas alınmalıdır. *Zürich İstinaf Mahkemesi*²⁰,

sekle tâbi değildir. Bununla beraber, akdın muteberiyeti için vesayet makamının icazeti gerekir (BGB. § 1714/1). Bak: Mittels, s. 148; Beitzke, § 33 III 5; Lehmann, § 36 II 2 f.

[18] Bu bakımdan, ahvali şahsiye memuru doğumu kendiliğinden haber vermekle mükelleftir (MK. 354/2; ZGB. 368/2).

[19] Egger, Art. 311, N. 3; Curti/Forrer, Art. 311, N. 1.

[20] «Ana, vesayet makamı tarafından velâyet hakkından mahrum kılınmadığı takdirde, evlilik dışı çocuğun ikametgâhı, anasının ikametgâhıdır. Bu husus, Millî Meclis Komisyonunun teklifinden açıkça anlaşılmaktadır. Bu teklif, Kantonlar Meclisi Komisyonu tarafından da değiştirilmeksizin kabul edilmiştir» (SJZ. 14, 108 vd., N. 33).

*Federal Mahkeme*²¹, ve özellikle *Egger*²² tarafından savunulan bu fikre göre, evlilik dışı çocuk üzerinde velâyet hakkını haiz olmasa bile, bakım mükellefiyeti yine anaya ait olduğundan (MK. 311/2), ananın ikametgâhı vesayet makamının kayyım tayinine dahi yetkili olması icap eder.

bb. Buna karşı *Kaufmann*²³ ve *Silbernagel*²⁴ tarafından savunulan fikir ise, MK. 20/2 (ZGB. 24/2) hükmünde temellenmektedir. Kaufmann'a göre, evlilik dışı çocuğa kayyım tayini hususunda MK. 380/1 (ZGB. 396/1) hükmüne bakılmalıdır. Bu hükme göre, kayyımın kayyımlık altına alınacak kimsenin ikametgâhı sulh mahkemesi tarafından tayin edilmesi icap eder. Bu madde lâfzı itibarıyla da, gayesi itibarıyla da evlilik dışı çocuğun bir ikametgâha sahip olmasını istemektedir²⁵. Oysa evlilik dışı çocuğun başlangıçta kanuni bir ikametgâhı bulunmadığına göre, MK. 380/1 hükmü, MK. 20/2 (ZGB. 26/2) hükmü ile tamamlanmalı ve bu sonuncu hüküm uyarınca da, onun halen sakin bulunduğu yere ikametgâhı nazarıyla bakılmalıdır. MK. 380. hükmünün, MK. 20/2 hükmü ile tamamlanması sonucunda, evlilik dışı çocuğa kayyım tayini yetkisinin onun *halen sakin bulunduğu yerin* (jeweilige Aufenthaltsort) vesayet makamına ait olduğunu söylemek mümkündür²⁶.

Bu çözüm, fikrimizce de evlilik dışı çocuğun menfaatlerine ve pratik ihtiyaçlara daha uygun görünüyor. Zira bulunduğu ortamın ayıplama, dedikodu v.s. davranışları karşısında, ananın, çok defa evlilik dışı doğumu gizlemesi ihtimali vardır. Ayrıca, hizmetçi ve beslenmeleri evlilik dışı doğumlar yapmaları halinde ikametgâhlarının şüpheli olması ihtimali de mevcuttur. Oysa, *Kaufmann*'ın dediği gibi «bazen çocuğun menfaatleri, onun sakin olduğu yerde derhal bir kayyım tayinini zorunlu kılabilir.»²⁷. Diğer yandan kayyımın, çocuğa gereği gibi bakılıp bakılmadığını denetleme görevi de, kayyımın ananın ikametgâhından ziyade, çocuğun bulunduğu yerin vesayet makamınca tayinini zorunlu kılmaktadır²⁸. Bazen,

[21] «Kendisine başka yerde bir kayyım tayin edilmiş olsa dahi, evlilik dışı çocuğun ikametgâhı, anasının ikametgâhıdır» (BGE. 41 I 63).

[22] *Egger*, Art. 311, N. 3.

[23] *Kaufmann*, SJZ. 15, 206.

[24] *Silbernagel*, Art. 311, N. 43.

[25] *Kaufmann*, SJZ. 15, 205.

[26] *Silbernagel*, Art. 311, N. 43; *Kaufmann*, SJZ. 15, 206.

[27] *Kaufmann*, SJZ. 15, 206.

[28] *Silbernagel*, Art. 311, N. 43.

çocuğun bakılıp gözetilmek üzere bir ailenin yanına verildiği durumlarda, ananın ikametgâhının mesafe bakımından çocuğun bulunduğu yerden uzak olması da, ananın ikametgâhı vesayet makamınca tayin olunan kayyımın gerekli denetleme görevini yapmasına büyük bir ihtimalle engel olacaktır. Bu sebeple, hiç değilse çocuğun, ananın ikametgâhından başka bir yerde bulunduğu durumlarda; kayyımın, onun halen sakin bulunduğu yer vesayet makamınca tayini çocuğun menfaatlerine ve pratik ihtiyaçlara daha elverişli görünmektedir²⁹.

III — Babalık dâvası, genel olarak doğumdan sonra açılmakla beraber, doğumdan önce de açılabilir³⁰. Her iki durumda da, bu dâvanın çocuğun doğumundan itibaren nihayet bir yıl içinde açılması icap eder³¹. MK. 296 (ZGB. 308) hükmündeki bu bir yıllık süre, zaman aşımı sürelerinden olmayıp, hakkı düşüren bir süredir. Bu husus, hem ZGB. 308 in almanca metnindeki açık ifadeden (vor Ablauf eines Jahres seit der Geburt des Kindes anzuheben, dâva çocuğun doğumundan itibaren bir yıl geçmeden açılmalıdır); hem de maddenin kenar başlığından kesin olarak anlaşılmaktadır. Gerçekten burada *zaman aşımı* (Verjaehrung) terimi kullanılacak yerde, *dâva süresi* (Klagefrist) terimi kullanılmıştır³². Aynı açıklığı MK. 296 hükmünde de bulmak mümkündür. Nitekim, MK. 296 nın kenar başlığı da «zaman aşımı» yerine, Klagefrist karşılığı olarak açıkça «müddet» terimini kullanmaktadır. Babalık dâvası süresinin, zaman aşımı sürelerinden olmayıp, hakkı düşüren bir süre olduğu hususun-

[29] Silbernagel (Art. 311, N. 43 de), çocuğun menfaatlerini korumak düşüncesiyle, MK. 22 (ZGB. 26) hükmüne rağmen, MK. 20/2 hükmü uyarınca çocuğun bakıldığı yerin, onun ikametgâhı sayılacağını fikrimizce de haklı olarak belirtiyor.

[30] Dâvanın, doğumdan ne kadar önce açılacağını kanun tayin etmemiştir. Ananın gebeliği dâvanın zorunlu bir unsuru olduğuna göre, dâvacı ana, gebeliğinden emin olmadıkça babalık dâvasını açamaz. (Bak. Curti/Forrer, m. 203, s. 494). Kayyımın da, doğumdan önce babalık dâvasını açması mümkündür (Egger, Art. 308, N. 2).

[31] İsviçre yasama organlarında sürenin 1 yıl olarak kabulü ile ilgili tartışmalar için bak: Silbernagel, Art. 307, N. 8; Egger, Art. 308, N. 2. Ehrlich, SJZ, 30, 161. Bazı ülkelerde babalık dâvası için daha uzun süreler kabul edilmiştir. Meselâ, Fransa ve Finlandiyada 2 yıl, Belçikada 3 yıl, Hollandada 5 yıl. Bak: Egger, Art. 308, N. 1. Alman hukukunda ise, herhangi bir süre mevcut değildir. Bak: Staudinger, Komm. zum BGB. § 1708, N. 2, 5; Robert, S. 261 vd.

[32] Federal Mahkemenin 18 Mayıs 1916 (BGE. 42 II 98) ve 24 Aralık 1918 tarihli kararları (BGE. 44 II 459) bu hususu açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu kararlar için bak: Weiss, N. 1315.

da İsviçre'de³³ olsun, Türkiye'de³⁴ olsun doktrin ve uygulama oy birliği halindedir. Bu sürenin hakkı düşüren bir süre olması sebebiyle, zaman aşımı sürelerinde bahis konusu olan sürenin durması veya kesilmesi sebeplerinin MK. 296 daki süreye uygulanması mümkün değildir³⁵. Bu bakımdan bir yıllık sürenin geçmesi halinde bir defa meydana gelmemekte, fakat evlilik dışı babaya karşı yönelen dâva hakkı düşmektedir. Bu sebeptendir ki, babalık dâvasındaki süreye uyulup uyulmadığının mahkeme tarafından resen araştırılması gerekir³⁶. Diğer yandan, MK. 296 (ZGB. 308) hükmünün, usul hukukuna ait bir hüküm olmayıp, doğrudan doğruya *maddî hukuku ilgilendiren bir hüküm* olduğunu da bu arada belirtmek icap eder³⁷.

2. Dâvanın, doğumdan itibaren nihayet bir yıl içinde açılması dâvalı durumunda bulunan evlilik dışı babanın menfaatlerini korumak için konulmuştur. Bu hükümle, onun, hem bir yandan evlilik dışı cinsel münasebete bağlı zararlı sonuçlara sonsuz olarak muhatap olmak tehlikesine maruz kalması önlenmek istenmiş; hem de açılacak dâvaya karşı savunmaya elverişli görünen delillerini topluyabileceği bir anda ve bu deliller bütün kuvvetlerini kaybetmeden önce kendisini savunmak imkânına sahip olması arzu edilmiştir. Bu sebeptendir ki, ana tarafından olsun, çocuk (kayım) tarafından olsun bir yıl içinde dâva açılmadığı takdirde, hakkın düşmesi icap etmektedir. Prensip itibariyle, bir yıllık sürenin geçmesinden sonra artık babalık dâvası açmaya imkân yoktur.

Bununla beraber bu kuralı bütün katılığı ile uygulamak menfaatler durumuna aykırıdır. Hiç değilse, bazı özel durumlarda, sürenin geçmesine rağmen bu dâvanın açılmasına cevaz verilmelidir. *Egger*'in dediği gibi, sırf sürenin kaçırılması sebebiyle dâva hakkını

[33] İsviçre doktrininde: *Egger*, Art. 308, N. 7; *Silbernagel*, Art. 308, N. 7; *Tuor*, § 35 I 5; *Ehrlich*, SJZ. 30, 161; v. *Tuhr*, § 80 II. Federal Mahkeme kararlarında BGE, 42 II 98, 44 II 495; 45 II 237; 55 II 17; 61 II 148.

[34] Türk doktrininde açık olarak *Saymen/Elbir*, s. 432; *Velidedeoğlu*, § 58 V; buna karşı *Oğuzoğlu*, s. 298/299 ve *Birsan*, s. 410, bir yıllık sürenin mahiyetini belirtmiyorlar. Türk içtihatlarında Yarg. 2.HD.nin 9.12.1947. 5857/6430 (*Tepeci*, s. 311; *Olğac*, N. 1298) ve HGK.nun 13.3.1946, 2119/22 (*Tepeci*, s. 311) kararları bu noktada çok açıktır.

[35] *Egger*, Art. 308, N. 7; v. *Tuhr*, § 74, I 2; *Oser/Schönenberger*, Vorbem zu Art. 127; *Becker*, Art. 127; BGE. 44 II 495 (*Weiss*, N. 1316); 45 II 237; 61 II 149.

[36] Zürich İstinaf Mahkemesinin 19 Kasım 1913 tarihli kararı için bak: *Weiss*, N. 1316, Keza v. *Tuhr*, § 74 I 2.

[37] Zürich İstinaf Mahkemesinin 21 Ekim 1914 tarihli kararı için bak: *Weiss*, N. 1319.

ebediyen men etmek, çocuk bakımından katlanması güç bir haksızlık ve apaçık bir insafsızlık olacaktır. Bu sebeptendir ki, bir yıllık sürenin kaçırılmasına rağmen, bazı özel durumlarda babalık dâvası açabilmek imkânı doktrin ve içtihatlar tarafından kabul edilmiştir. Bu özel durumları şu şekilde sıralamak mümkündür:

a — Bir defa, sürenin geçmiş olduğunu ileri sürmek bazı dâvalarda hakkın kötüye kullanılması mahiyetinde olabilir. Bu takdirde MK. 2 (ZGB. 2) deki doğruluk ve itimat kuralı uyarınca, bir hakkın *açıkça kötüye kullanılması* tecviz etmemek ve bu bakımdan da, sürenin geçirilmesine rağmen dâva hakkı süresini uzatmak icap eder³⁸. Bu çözüm özellikle Federal Mahkeme tarafından getirilmiştir. Eski içtihatlarıyla³⁹, MK. 296 (ZGB. 308) deki sürenin hakkı düşüren bir süre olduğunu ve hiç bir şekilde uzatılmıyacağını belirten Federal Mahkeme, bu çözümün bazı durumlarda son derece haksız sonuçlar doğurduğunu tesbit ederek, hakkı düşüren süreye rağmen, bazı özel şartların gerçekleşmesi halinde istisnaen eski hale iadeye ve dâva hakkının dirilmesine müsaade etmektedir. İmdi, yeni içtihadı ile Federal Mahkemeye göre, «şayet dâvacı kadın, dâvalının aldatici beyanları sonucunda dâvayı zamanında» açmaktan alıko-
rulmuş ise hakkı düşüren sürenin istisnaen uzatılması mümkündür⁴⁰. Bir dâvada, dâvacı kadının, çocuğun tanınacağı vaadi ile dâvalı baba tarafından oyalanması, hakkı düşüren sürenin uzatılması için yeter ve haklı bir sebep sayılmıştır. Zira, bu durum gerçekten MK. 2 deki doğruluk ve itimat kurallarına aykırıdır⁴¹. Bu bakımdan, dâvalı baba kendi davranışlarıyla dâvacı tarafa dâvanın lüzumsuz olduğu inancını uyandırmış ve böylece de sürenin geçmesine bizzat sebep olmuş ise, dâvacıya bir *replicatio doli* (yani hakkın kötüye kullanıldığı defî) tanınacaktır. Federal Mahkemenin hakkaniyet düşüncelerine dayandırdığı bu çözüm doktrin tarafında da tas-

[38] Bu problem başka bir yazıda incelenecektir.

[39] Özellikle BGE. 45 II 237. «MK. 296 (ZGB. 308) de konulan süre, hakkı düşüren bir süredir. Sürenin kaçırılmasında, dâvacıya atfî mümkün bir kusur bulunmasa dahi, sürenin geçmesinden sonra, artık hakkın yeniden dirilmesine imkân yoktur».

[40] BGE. 46 II 90. Bu karar İtalyaneadır. Fransızca için JdT. 68. 365 vd.; Almancası için, Weiss, N. 1326.

[41] Dâvalı babanın, başlangıçta çocuğu tanıması, fakat sonradan bu tanımının şekil eksikliği sebebiyle hükümsüz olduğunun anlaşılması üzerine kendisine karşı açılan babalık dâvasında, sürenin geçmiş olduğunu ileri sürmesi caiz değildir. Bu halde, dâvacı tarafa, bir *replicatio doli* tanınır. (BGE. 49, II, 319; Keza Ehrlich, SJZ, 30, 161.

vip edilmektedir. *Tour*⁴², *Curti/Forrer*⁴³, *Ehrloch*⁴⁴ ve *Egger*⁴⁵ bu konuda son derece açık olduğu gibi, *Silbernagel*'de⁴⁶ ananın ehliyet-sizliği, korkması veya dâvalı tarafından baskı altında tutulması gibi durumlarda hakkı düşüren sürenin istisnaen uzatılmasını tecviz etmektedir.

Türk doktrini de, hakkaniyet düşüncesiyle bazı özel durumlarda hakkı düşüren sürenin istisnaen uzatılabileceğini savunur⁴⁷. Bu çözüm, Türk uygulaması tarafından da izlenmektedir. Nitekim, *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu* da «babalık dâvası hakkını düşüren süreyi, hile ile anayı aldatarak geçiren kimse, gayri izrar için hakkını fena kullanmış olup, kanunun himayesine sığınamayacağından, ananın dâva hakkının düştüğünü iddia edemez» içtihadında bulunuyor⁴⁸. Bu görüşün, 2.HD. nin sürekli ve isabetli içtihatlarıyla getirildiği muhakkaktır⁴⁹.

Böylece, hakkı düşüren süreye rağmen, bazan hakkaniyet düşüncesi, çok özel durumların mevcudiyeti halinde sürenin uzamasını mümkün kılmaktadır. Bunun, temel bir hukuk prensibine uygun olduğu söylenebilir: *hakkaniyet, hukuktan üstün olmalıdır* (Billigkeit muss das Recht meistern)⁵⁰.

b — Hakkı düşüren sürenin geçmesine rağmen, sürenin istisnaen uzatıldığı ikinci bir durum da şudur: Burada dâva süresinde açılmış, fakat mahkeme yer bakımından yetkisizlik sebebiyle dâvayı reddetmiş ve bu arada da bir yıllık süre geçmiştir⁵¹. Önceleri, yeniden açılan dâvaya karşı, hakkın düşmüş bulunduğunu ileri süren dâvalı taraf, bu durumda dahi himaye edilmekte idi⁵². Bununla

[42] *Tour*, 35 I b 5 ve orada dip notu 1.

[43] *Curti/Forrer*, m. 308, N. 3.

[44] *Ehrlich*, SJZ, 30, 161.

[45] *Egger*, Art. 308, N. 8.

[46] *Silbernagel*, Art. 308, N. 8.

[47] Açık olarak *Velidedeoğlu*, § 58, V; *Saymen/Elbir*, s. 432; *Oğuzoğlu*, s. 289. *Birsen*, s. 410, bu hususta bir fikir beyan etmiyor.

[48] HGK. 13.3.1946, 2119/22 (Olgac, N. 1296; Tepeci, s. 311).

[49] 2. HD. 1.11.1937, 1972/3866 (Tepeci, s. 309); 2. HD. 2.6.1939, 23/1880 (Tepeci, s. 309/310); 2. HD. 10.12.1945, 3088/1889 (Olgac, N. 1297).

[50] *Egger*, Art. 308, N. 8.

[51] Bu problem başka bir yazıda incelenecektir.

[52] «Zira BK. 137 (OR. 139) hükmü, kavramsal yapısı bakımından hakkı düşüren sürelerle uygulanamaz. Burada, sadece zaman aşımı sürelerine uygulanabilen özel bir hüküm bahis konusu olup, bu hükmün geniş olarak yorumlanması veya örnekseme yolu ile uygulanması mümkün değildir» BGE. 55 II 17/18. Federal Mahkeme daha önce 24 Aralık 1918 tarihli bir kararı ile de aynı sonucu savunmuştu. BGE. 44 II 459 vd.

beraber, bu çözümün son derece haksız ve insafsız sonuçlar doğurması sebebiyle Federal Mahkeme içtihadını değiştirmiş ve BK. 137 (OR. 139) deki 60 günlük ek sürenin babalık dâvasındaki hakkı düşüren süreye de uygulanacağını tatminkâr delillerle ispat etmiştir⁵³. Bu çözüm *İsviçre doktrininde* büyük bir çoğunlukla benimsenmiş bulunmaktadır. Federal Mahkemenin, eski görüşünü savunan *Rossel/Mentha*⁵⁴ hariç, doktrinin büyük bir kısmı *de lege feranda* bir çözüm olarak BK. 137 (OR. 139) hükmünün örnekseme yoluyla uygulanmasını açıkça desteklemektedir^{55, 56, 57, 58}.

IV — MK. 296 da bahis konusu edilen hakkı düşüren sürenin istisnaen uzatılabileceği durumlardan biri de evlilik dışı çocuk için tayin edilecek olan kayyımın geç tayin edilmesidir. Bu nokta, Yargıtay HGK.nun incelemekte olduğumuz içtihadı birleştirme kararında ele alınmakta ve isabetli olarak âdil ve hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşılmaktadır. Bilindiği gibi, evlilik dışı çocuğun menfaatleri bakımından kayyımın *vakit geçirilmeksizin* tayin edilmesi icap eder⁵⁹. Kayyımın başlıca görevi, çocuğun menfaatlerini korumaktır⁶⁰. Bunun için de, onun her şeyden önce çocuk adına babalık dâvası açması ve bu dâvayı takip etmesi lâzımdır⁶¹. Evlilik dışı çocuğa kayyım tayini bakımından fikrimizce şu durumların ayırd edilmesi gerekir:

a) Şayet kayyım, ana tarafından gebeliğin bildirilmesi üzerine, evlilik dışı çocuğun doğumundan önce tayin edilmişse (HUMK. m.

[53] BGE, 61 II 148.

[54] *Rossel/Mentha*, I, 467 açıkça «sürenin geçirilmesinin bir mazeret sebebi olamayacağı» nı savunur.

[55] Egger, Art. 308, N. 9; Silbernagel, Art. 308, N. 8; Tuor, 35 I b 5 ve orada dip notu 1; Becker, Art. 139, N. 5. Becker'e göre, BK. 137 (ZGB. 139) hükmü kural olarak Medeni Kanundan doğan diğer taleplere dahil örnekseme yoluyla uygulanabilir. BK. 137 hükmünün uygulanmasına karşı Curti, (Art. 308, N. 3), bu gibi durumlarda MK. 246 (ZGB. 257) hükmünün uygulanmasını savunur.

[56] Postacioğlu, s. 259, dip notu 4.

[57] Saymen/Elbir, s. 432.

[58] 2. HD. 13.4.1945, 622/2016 (Tepeci, s. 310).

[59] Egger, Art. 311, N. 3.

[60] Tuor, § 35 I b 3; Egger, Art. 311, N. 1; Silbernagel, Art. 311, N. 21.

[61] Burada kayyım özel bir izine muhtaktır. Aynı şekilde dâvada sulh ve feragat için de kayyımın vesayet makamından izin alması icap eder. Bak.: Egger, Art. 311, N. 6.

492), babalık dâvasının doğumdan önce ve nihayet, doğumdan itibaren en geç bir yıl içinde açılması icap eder⁶².

b) Buna karşı, vesayet makamının evlilik dışı bir doğumdan haberdar olması üzerine çocuğun menfaatlerinin korunması maksadıyla bir kayyım tayin etmesi halinde ise, dâva süresinin yine doğumdan itibaren başlayacağını kabul etmek menfaatler durumuna uygun düşmemektedir. Zira, böyle bir yorum, Yüksek Mahkememizin de belirttiği gibi, MK. nun 295. maddesiyle çocuğa tanınan hakkın daha kullanılması imkânı gerçekleşmeden ortadan kalkmasına veya çok defa, hakkı kullanma süresinin çocuk aleyhine haksız olarak kısaltılmasına sebep olur ki, böyle bir sonuç kanunun metnine olduğu kadar, ruh ve amacına da aykırıdır. Bu bakımdan, kayyımın doğumdan sonra tayin edilmesi halinde, evlilik dışı çocuğun kanunen tesbit edilmiş bulunan bir yıllık süreden yararlanabilmesi için, bu sürenin doğum tarihinden itibaren değil, fakat kayyımın tayini tarihinden itibaren işleyeceğini kabul etmek hakkaniyete ve kanunun amacına daha uygun olacaktır⁶³.

c) Bunun gibi, ahvali şahsiye memurunun doğumu haber vermemesi veya vesayet makamının ihmali gibi sebeplerle, evlilik dışı çocuk için kanunî mümessilin, doğumdan itibaren 1 yıllık sürenin geçmesinden sonra tayin edildiği hallerde de (MK. 298/c. 2, ZGB. 311/2), çocuğa ait hakkı düşüren sürenin yine doğumdan itibaren başlayacağını söylemek, evlilik dışı çocuk bakımından katlanılması güç bir haksızlık ve büyük bir insafsızlık olacaktır. Zira, bu durumda da, yine Yüksek Mahkememiz tarafından isabetle belirtildiği şekilde «MK. 295 hükmü ile çocuğa tanınmış olan hakkın daha kullanılması imkânı gerçekleşmeden, ortadan kalkması» gibi tuhaf bir sonucun ortaya çıktığı görülecektir. Bu çözümün ise, babalık dâvası için en azından bir yıllık bir dâva süresi tanıyan kanunun (MK. 296) metnine olduğu kadar, «ruh ve gayesine» de aykırı olduğu muhakkaktır. Bu bakımdan, Genel Kuruldaki müzakerelerde, MK. 296 daki dâva süresinin her ne sebeple olursa olsun kaçırılması halinde, artık hiç bir zaman babalık dâvasının açılmayacağını savunan azınlık görüşü fikrimizce kabul edilemez. Bir defa, kanun hükümlerini yorumlarken, belli bir müesseseyi düzenleyen bütün hükümleri «hep birlikte göz önünde bulundurmak» icap etmektedir. Babalık dâvasındaki süre-

[62] Egger, Art. 308, N. 4; Silbernagel, Art. 308, N. 10.

[63] Egger, Art. 308, N. 8.

nin, hakkı düşüren bir süre olduğu itirazsız olarak kabul edilmekle beraber, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, MK. 296 daki sert hüküm, gerek İsviçre, gerekse Türk uygulamasında, hakkaniyetin gerekli kıldığı istisnalarla yumuşatılmıştır⁶⁴. İmdi, kayyımın bir yıllık sürenin geçmesinden sonra tayin edildiği durumlarda da dâva süresini yine doğumdan itibaren başlatmak, gayri âdil ve haksız olduğu kadar, MK. 295 hükmüyle çocuğa tanınan hakkı da kökünden bertaraf etmektedir. Böyle bir çözüm, ayrıca, «kayyım tayini hakkındaki mecburî hükmün (MK. 298) de faydasız ve işlemez bir duruma getirilmesi» gibi tuhaf bir sonuç doğurur. Onun içindir ki, çocuğun menfaatleri bakımından, kayyımın geç tayin edildiği hallerde, dâva açma süresinin *kayyımın tayini tarihinden* başlatılmasında fikrimizce de isabet vardır. Nitekim İsviçre hukukunda *Egger*⁶⁵, bu noktayı açıkça beyan etmektedir. Bizce bu çözümün Türk hukuku bakımından dahi aynı olması gerekir. Oysa, doktrinimizde bu çözümü *Egger*'e yollama yaparak benimseyen *Saymen/Elbir*'den⁶⁶ başka diğer yazarların⁶⁷ bu probleme dokunmadıkları göze çarpmaktadır.

Fikrimizce, evlilik dışı çocuğu tanıma, ana ile evlenme v.s. vaadlerle dâvacının, dâva açmanın lüzumsuzluğuna dâvalı tarafından inandırıldığı durumlarda, sürenin geçmesine rağmen, sonradan dâva açılmasına nasıl imkân veriliyorsa, doğumdan itibaren bir yıllık sürenin geçmesinden sonra kayyımın tayin edildiği durumlarda da, çocuğun menfaatleri bakımından sürenin doğumla değil, fakat tayin anından itibaren başladığını kabul etmek hakkaniyete daha uygundur. Bu sebeple de, Yüksek Mahkememizin getirdiği çözümün, Türk hukuku için ileri bir adım olduğu söylenebilir⁶⁸.

V — Yüksek Mahkememizin son kararlarıyla, doktrin ve uygulamaya yollamalar yapması ve bu arada İsviçre doktrininden de yararlanması memnuniyet vericidir. Federal Mahkemenin yıllardır benimsediği bu bilimsel yolun, Yüksek Mahkememiz tarafından da

[64] Bak. yukarıda dip notu 40, 41 ve 53.

[65] *Egger*, Art. 308, N. 8.

[66] *Saymen/Elbir*, s. 432.

[67] Meselâ, *Velidedeoğlu*, s. 58; V: *Oğuzoğlu*, s. 285; *Birsen*, s. 410.

[68] Nitekim, Yargıtayımız sonraki içtihatlarıyla da bu görüşü izlemektedir. Yargıtay 2. HD. nin 22.11.1960 tarihli ve E. 5746/K. 5649 sayılı kararı, 2.5.1960 tarihli içtihadı birleştirme kararını belirterek, 296. maddedeki hakkı düşüren süreyi kayyımın tayini tarihinden başlatmış ve bu sebeple de alt mahkemenin verdiği hükmü bozmuştur. Bu karar için bak. İBD. cilt XXXV, sayı 3/4, 1961, s. 125.

izlenmesi bizim için bir ilerilik sayılır. Bununla beraber, Yüksek Mahkememizin içtihadı birleştirme kararındaki bir iki nokta bizleri tereddüde sevk etmektedir. Meselâ kararın sonlarına doğru Yüksek Mahkememiz, savunduğu görüşe bilimsel destekler koyarken «Prof. Egger ve Türk doktrininde bu mevzua temas eden müellifler de bunu kabul etmişlerdir» demektedir. İse de *Egger*'den başka referans olarak verdiği *Aksoy*'un⁶⁹ eserinin 133/136. sayfalarında babalık dâvasında kayyım tayini ile ilgili bir açıklama ve hele sürenin, kayyımın tayininden itibaren başlatılması gibi bir çözüm asla mevcut değildir.

Aynı şekilde, dâva süresinin kayyımın tayininden itibaren başlatılması çözümünün İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da kabul olunduğundan bahsedilmiş ve BGE. 45 II 237 'ye bir yollama yapılmış ise de, *Egger*'den aktarıldığını sandığımız bu kararın, kötü bir tesadüf sonucu, MK. 296 hükmünün kesin bir teyidinden ibaret olduğu ve süreyi, her durumda doğumdan itibaren başlattığı görülmektedir. Böylece, muhtemelen kararın aslına bakılmaksızın, bir eserden aktarılacak alınması sebebiyle Yüksek Mahkememiz, MK. 296 daki süreyi her durumda doğumla başlatan ve hakkı düşüren bir süre olması bakımından da uzatılmayacağını kabul eden şekilci bir görüşü, kendisinin hakkaniyet ve adalete daha uygun ve evlilik dışı çocukların menfaatlerine daha elverişli olan ilerici çözüme destek olarak göstermiş olmak çelişikliğine düşmüştür.

Asistan Dr. Ergun ÖZSUNAY

K I S A L T M A L A R

Art.	Artikel (madde)
Bak. (bak.)	Bakınız
BGB.	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE.	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (İsviçre Federal Mahkemesi kararları)
BK.	Türk Borçlar Kanunu
Familienrechtsänderungsgesetz. (FamIRAendG.)	Gesetz zur Vereinheitlichung und Aenderung familienrechtlicher Vorschriften (Aile Hukukuna ilişkin hükümlerin değiştirilmesi ve birleştirilmesi hakkında 11.8.1961 tarihli Alman Kanunu. Bu kanun, 1.1.1962 tarihinde yürürlüğe girmiştir.)
HUKM.	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu.
İHFM.	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İBD.	İstanbul Barosu Dergisi.

[69] *Aksoy, Kötü Durumlu Evlilik Dışı Çocuklar*, Ankara 1943.

JdT.	Journal des Tribunaux
m.	madde
MK.	Türk Medeni Kanunu
N.	Randnote
OB.	Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG.	Resmî Gazete
s.	sayfa
SJZ.	Schweizerische Juristen Zeitung
ZGB.	Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZPO.	Zivilprozessordnung (Alman Usul Kanunu)
ZSR.	Zeitschrift für Schweiz. Recht.

BIBLIYOGRFYA

- Aksoy, M. Kötü Durumlu Evlilik Dışı Çocuklar, Ankara 1943.
- Becker. Obligationenrecht, I.-Abteilung, Allg. Bestimmungen, Art. 1/183, Bern 1941.
- Beitzke. Familienrecht, 9. Auflage, München/Berlin, 1960.
- Birsen. Medeni Hukuk Dersleri, 4. Bası, İstanbul, 1958.
- Curti/Förster. Kanunu Medeni Şerhi, C. I. Şahsın Hukuku - Aile Hukuku (Adalet Bakanlığı çevirisi), İstanbul 1930.
- Egger. Komm. zum Schweizerischen ZGB, II. Band: Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, 2. Auflage, Zürich, 1943 (Türkçesi: T. Çağa tarafından Ankara, 1949).
- Ehrlich, K. Wiederherstellung der Frist zur Anhebung der Vaterschaftsklage, SJZ, 30, 161 vd.
- Erman/Hefermehl. Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Münster, 1952.
- Guldener. Das Schweizerische Zivilprozessrecht, 1. Band, Zürich, 1947.
- Kaufmann. Zur praktischen Anwendung der Wohnsitzbestimmungen des ZGB im Vormundschaftsrecht, SJZ, 15, 205 vd.
- Kempf, L. Der Haftungsgrund der unehelichen Vaterschaft, Bielefeld, 1958.
- Lehmann. Deutsches Familienrecht, 3. Auflage, Berlin 1960.
- Leuch, G. Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. Auflage, Bern 1956.
- Mitteis, H. Familienrecht, 4. Auflage, Berlin/Göttingen/Heidelberg, 1949.
- Oğuzoğlu, H. C. Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku - Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 1958.
- Olgac. Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk Kanunu Medenisi, Cilt I, İstanbul 1957.
- Oser/Schönenberger. Das Obligationenrecht, 1. Halbband: Art. 1/183, 2. Auflage, Zürich, 1929.
- Postacioğlu, İ. Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1959.
- Robert, L. H. De la condition juridique de l'enfant naturel, tez, Genève 1912.
- Rosenberg. Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, München/Berlin, 1960.
- Saymen/Elbir. Aile Hukuku, İstanbul 1957.
- Silbernagel. Kommentar zum schweizerischen ZGB. Band II: Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, 2. Auflage, Bern 1927.
- Staudinger. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV. Bd., Familienrecht 2. Teil, 9: Auflage, München/Berlin/Leipzig, 1926.
- Sungurbey (Gülümser), İ. Tabii babalık rabitasının yokluğundan dolayı şahsî neticeleri ile babalık dâvasının reddine dair kesin hükmün idarî makamlarca yapı-

- lan nesebin tashihi muamelesine tesiri ve bu muameleye itiraz hakkını düşüren sürelerin önemi, IHFM, C. XX, sayı 1/4, s. 297 vd.
- Tepeci, K. Notlu ve İzahlı Türk Kanunu Medenisi, C. I, 2. Bası, Ankara 1955.
- v. Tuhr. Alg. Teil des Schweizerischen OR, 2. Halbband, Tübingen 1925.
- Tuor. Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 6. Auflage, Zürich, 1953 (Türkçesi, A. Artüs tarafından, Ankara 1956).
- Velidedeoğlu. Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, Cüz 1, 4. Bası, İstanbul 1960.
- Weiss, G. Sammlung eidgenössischer und kantonaler, Entscheidungen zum schweiz. ZGB und OR., Zürich, 1925.
- Weiss, TH. Vaterschaftsklage und Art. 50 ff. OR, ZSR, 15, 32 vd.

D — İ D A R E H U K U K U

I. ADLİYE İLE İDARENİN VAZİFELERİ

1 — İDARENİN TASARRUFLARI — Bataklık Kurutulması, Kurutulan Yerin Kurutana Tescilli, İdarenin Vazifesi.

Uyuşmazlık Mahkemesi, çok enteresan bir mahiyet arzeden bir selbî vazife ihtilâfı dolayısıyla, 5516 ve 5963 sayılı kanunların uygulanmasından meydana gelen ihtilâfların çözüm yerinin Danıştay olduğunu kabul etmiştir (U. M. 14 Nisan 1962, *Güçlü ve Arkadaşları*, E. 962/5, K. 962/9, RG. 31 Mayıs 1962 - 11116).

Hâdise, ruhsatnameye dayanılarak kurutulan bataklığın bir kısmının usulsüz olarak Hazine adına tescil edilmiş olmasından ibarettir. Bataklığı kuruttuklarını iddia eden *Güçlü ve Arkadaşları*, 5516 sayılı kanunun mer'iyeti zamanında, evvelâ Danıştay'a başvurmuşlar; Yüksek İdare Mahkemesi, mezkûr kanunun geçici maddesiyle, uygulanmadan doğan uyuşmazlıkların «mahkemece» çözülmesi esası kabul edilmiş olduğu mucip sebebine dayanarak, dâvayı vazifesizlik noktasından reddetmiştir. Bunun üzerine, ilgililer, Asliye Hukuk Mahkemesine tapunun iptali talebiyle bir dâva açmışlar ise de, ara yerde yürürlüğe giren 5963 numaralı kanun, bu kabil ihtilâfları, İdarî Kaza'nın görevi içine almış olduğundan, Adliye Mahkemesi de vazifesizlik kararı vermiştir. *Güçlü ve Arkadaşları*, iki kaza manzumesi arasında tekevvün eden bu selbî ihtilâfı Uyuşmazlık Mahkemesi'ne arz edecek yerde, 5963 sayılı kanunun yeni görev hükmüne dayanarak, tekrar Danıştay'a müracaat etmiş-

lerdir. Danıştay 8. Dairesi, hâdisede muhkem kaziyenin mevcudiyetinden bahisle, bu ikinci dâvayı da reddetmiştir. İşte, Danıştay'ın bu ikinci kararından sonra, bataklığı kurutanlar, Uyuşmazlık Mahkemesi'ne giderek selbî vazife ihtilâfının hallini istemişlerdir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 5516 sayılı kanunun mer'iyeti zamanında açılan ilk idarî dâvanın Danıştay'ca görevsizlik noktasından reddini ve ikincisinin de, kaziyei muhkemenin mevcudiyeti dolayısıyla kabul edilmemesini haklı görmekle beraber, «usule ve göreve ilişkin bu gibi (vazife kaidelerindeki) değişiklikler, daha önceki olaylarda da hüküm ifade edeceğine göre; 5516-5963 sayılı kanunların uygulanması, kurutanların şahsını tayin ve gerçekten kurutmanın yapılıp yapılmadığının tesbiti ile, bu yerlerin kurutanlara temlikî gibi, prensip olarak İdare organlarına ait görevlerin yerine getirilmesinden meydana gelen ve çözülmemiş olan uyuşmazlıkların, vukuu tarihine bakılmaksızın, Danıştay'da çözülmesi gerekir.» neticesine varmıştır. Bu hal sureti, usul hükümlerinin ve bilhassa vazife kaidelerinin makale şâmil olduğu hakkındaki umumî prensibe uygun olmak itibariyle, isabetli ve yerindedir.

2 — İDARENİN MES'ULİYETİ — Zabıta Salâhiyeti, Yangın Tedbirleri, Küşad Ve İşletme Ruhsatının İptali, İdarî Kararların Uygulanması, Elektrik Kesilmesi, Zarar Ve Zilyan Talebi, İcabi İhtilâf, İdarenin Vazifesi.

Uyuşmazlık Mahkemesi, bir belediyenin, yangın mevzuundaki zabıta yetkilerine dayanarak, bir buz fabrikası ve soğuk hava tesisi hakkında aldığı kararın uygulanması zmnında, müessesenin elektrik cereyanının kesilmesini emretmiş olmasından doğan zararların tazmini talebiyle Adliye'de açılan dâvanın Danıştay'ın görevi içinde bulunduğunu kabul etmek suretiyle, bu bapta içtihadına sadık kalmış bulunmaktadır (U. M. 14 Nisan 1962, *Bektaş*, E. 962/11, K. 962/14, RG. 2 Haziran 1962 - 11118).

Hâdise, Ankara'da, Bomonti Buz Fabrikası ve Soğuk Hava Tesislerinin kâin bulunduğu yerin, Ankara Belediyesi Elektrik, Gaz ve Otobüs İşletme İdaresinin havagazı deposunun emniyet bölgesi içinde olması dolayısıyla, yangın ve patlamalara sebebiyet verebileceğinin tesbit edilmiş bulunması üzerine alınan zabıta tedbirlerinden ortaya çıkmıştır. Uyuşmazlık kararında izah edildiğine nazaran, Belediye Encümeni, müessesenin küşad ve işletme ruhsatının iptaline karar vermiş ve bu kararın tabiki cümlesinden olmak üzere, elektrik cereyanının kesilmesi Belediye'ce emredilmiştir.

İhtilâfın tasvir şekli ve mahiyetine göre, idari bir kararın uygulanmasından mütevellit ve Danıştay Kanununun 23. maddesinin A bendi hükmü şumulüne giren bir tam-kaza, tazminat dâvası mevzuubahistir. Böyle bir uyuşmazlığın Danıştay'da görülmesi, şüphe ve tereddüte mahal vermiyecek kadar aşikâr bir keyfiyettir. Ancak, elektrik cereyanını mutazarrır müesseseye bir abonman mukavelesi mucibince temin eden Ankara EGO. İşletme İdaresi, Belediyeden aldığı emir üzerine, cereyanı kesmiş bulunduğuna göre, hâdisede ilk ihtilâf, müessese ile EGO. arasında tekevvün etmiş demektir. Gerçi EGO. İdaresi, Belediyeden aldığı emre uyduğunu ileri sürebilirse de; kendisinin ayrı bir hükmî şahsiyete sahip bulunması dolayısıyla, abonman mukavelesi hüküm ve şartlarına riayetsizlik etmesi halinde mes'uliyetten berî olması muhakkak değildir. Fakat hâdisede müessese, Adliye Mahkemesi önündeki dâvada husumeti Ankara Belediyesine tevcih etmiş ve EGO. İdaresinden herhangi bir talepte bulunmamıştır. Mevzuubahs tazminat dâvası, EGO. İdaresine veya Belediye ile birlikte her iki âmme hükmî şahsına tevcih edilmiş olsaydı, acaba, Uyuşmazlık Mahkemesi, bu ihtilâfı hangi kaza merciinin vazifesi dahilinde görürdü? Bu mevzudaki, yani abonman mukavelelerinin tatbikatından mütevellit ihtilâflar hakkındaki Yüksek Mahkemelerin hâkim içtihadına iltifat edildiği takdirde, ağlebi ihtimal, bu dâva Adliyenin görevi içinde sayılacak idi. Kanaatimizce, hâdisede husumet, hangi İdare'ye tevcih edilmiş olursa olsun, uyuşmazlığın esası, bir idari zabıta tasarrufunun uygulanmasından doğan zarar-zıyan dâvasından ibaret olduğu ve abonman mukavelesi dahi idari mukavele mahiyetinde bulunduğu cihetle, ihtilâfın herhalükârde Danıştay'ın vazifesi dahilinde telâkki edilmesi lâzım gelirdi.

3 — İDARENİN TASARRUFLARI — Gayrimenkul Tahsis Ve Tefvizi, Tapu Tescil, Tapu Kaydının İptali, İcabi İhtilâf, Mesele-i Müstehire, İdarenin Vazifesi.

Uyuşmazlık Mahkemesi, İdarenin tahsis suretiyle tefviz ettiği bir gayrimenkulün, Tapuda, Hazine namına Kadastroca tescil edilmiş olan kaydının iptali şeklinde, hak sahibinin mirasçısı tarafından, Adliye'de açılan dâvanın, Danıştay'ın görevi içinde bulunduğu karar vererek, bu bapta içtihadını teyid etmiş bulunmaktadır (U. M. 14 Nisan 1962, *Akan*, E. 962/14, K. 962/17, RG. 2 Haziran 1962 - 11118).

Hâdise, otuz dört yıl önce dâvacının murisine İdarece tefviz ve teslim edilen bir gayrimenkulün, kadastro tarafından tesbitinde Hazine adına tescil edilmiş olması yüzünden, bu kaydın iptali ve kendi adına tescili talebinden ibarettir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, bu ihtilâfı tahlil ederek, tahsis ve tefviz işleminin haksız olduğunu, bazı sebeplerle bu hakkın düşmüş bulunduğunu, dolayısıyla tescil muamelesinin yapılmadığını kabul etmiş ve idari mahiyette olan bu kabil kararların kanuna uygun olup olmadığının tetkikini tazammun eden dâvanın, Danıştay'da görülmesi gerektiğini kabul etmiştir.

Halbuki, dâvanın açılış şekline göre, alelâde bir tapu kaydının iptali talebinden ibaret olan bu ihtilâfta, Adliye Mahkemesi, esas itibarıyla, vazifeli sayılarak, diğer bir yerde tetkik ettiğimiz «*Aydiner ve Er*» hâdisesinde olduğu gibi, tahsis ve tefviz kararlarının mevzuata uygun bulunup bulunmadığı noktası, bir idari meselei müstehire sayılarak, sadece bu hususun Danıştay'a gönderilmesi daha doğru ve pratik bir hal sureti olurdu. Gerçekten, dâvacı, İdarenin tahsis ve tefviz kararlarını hükümsüz sayan muamelesini Danıştay'da iptal ettirdikten sonra, Tapu kaydının kendi adına tashih ve tâdilini nasıl olsa yine Adliye mahkemesinde talep edecektir.

4 — İDARENİN TASARRUFLARI — Hizmet Müddetinin Tesbiti, Emekli - Dul Ve Yetim Maaşı Bağlanması, İdari Karar, İcabi İhtilâf, İdarenin Vazifesi.

Uyuşmazlık Mahkemesi, şehitliğin tesbiti gibi, âmme ajanlarının emekli - dul ve yetim maaşlarının hesaplanmasında ve bağlanmasında nazara alınacak hizmet müddetlerinin tayininden çıkan ihtilâfları, dâvaların açılış şekline ve arzuhal mündericatina itibar etmeden, dâvacıların asıl maksatlarını esas itihaz ederek, idari uyuşmazlık mahiyetinde görmeğe devam etmektedir (U.M. 14 Nisan 1962, *Tor*, E. 962/7, K. 962/10, RG. 31 Mayıs 1962 - 11116; U.M. 14 Nisan 1962, *Say*, E. 962/9, K. 962/12, RG. 2 Haziran 1962 - 11118).

Bu kabil hâdiselerde, Adliye mahkemelerine başvuran dâvacılar, zahiren bir vakıanın tesbiti talebinde bulunmakta iseler de hakikatı halde, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin ifadesiyle, «İdareyi, dul ve yetim maaşı tahsisi gibi idari bir işleme zorlayıcı hüküm elde etmeyi hedef tutan» dilekleri ileri sürmektedirler. Halbuki, «Emekliliğe esas olan hizmet süresinin tesbiti ve maaş tahsisi işlemleri,

âmme kanunlarından doğan birer idari işlemdir». Bu itibarla, emekli - dul ve yetim maaşının arttırılmasını istihdaf eden bu dâvalar, idari mahiyette olduğundan, Danıştay'ın görevi içinde kabul edilmektedir.

Danıştay'da ilgililerin açacağı dâva, bir «tesbit dâvası»ndan ziyade, dolayısıyla tam-kaza dâvası neticelerini doğurabilecek olan, Idarenin bu bapta talebi reddeden kararının iptali isteğinden ibaret olmak iktiza eder (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 28, Sayı: 1, Yıl: 1962, s. 299, 300'de 5 numaralı bende bakınız).

II. MUHAKEME USULÜ

1 — HÜKÜM İHTİLÂFI — Gayrimenkul Mülkiyeti, İdare'ce Tahsis, Tecavüzün Def'i, Kadastroca Tesbit Ve Tescil, Kaymakamın Zabıta Yetkisi.

Uyuşmazlık Mahkemesi, hüküm ihtilâfı yoluyla yapılan bir müracaat vesilesiyle, vali ve kaymakamların, 2311 ve bunun yerine kaim olan 5917 sayılı Gayrimenkule Tecavüzün Def'i Hakkındaki Kanun'lara dayanarak verdikleri kararların kazai mahiyette olmadığını, bu sebeple hüküm ihtilâfına yol açamayacaklarını kabul etmiştir (U. M. 14 Nisan 1962, *Temur ve Söyler*, E. 962/8, K. 962/11, RG. 2 Haziran 1962 - 11118).

Hâdisede, «Davacılar, 1289 tarihinden bu yana zilyedi oldukları tapulu ve tapusuz yerlerinin Kozan kaymakamlığınca iskân yoluyla dâvalılara tahsisi üzerine, 2311 sayılı kanun uyarınca, idari kararlarla dâvalıları bu yerlerden men' ettikleri halde, kadastroca dâvalılar adına tesbit edilip, itirazlarının Kadastro Mahkemesince red ve tesbit gibi tescillerine karar verildiğini, bedel hakkında isteğe rağmen karar verilmemiş olduğunu ileri sürerek, esas hakkında karar verilmesini (Uyuşmazlık Mahkemesinden) istemişlerdir.»

Malûm olduğu üzere, 2311 veya 5917 numaralı kanunlar, memleketimizin gerçeklerine uygun olarak, arazi ve bilûmum gayrimenkullerin zilyedliğini himaye sâdedinde, vali ve kaymakamlara bir takım istisnai ve fevkalâde zabıta yetkileri tanımıştır. Ancak, bu salâhiyete binaen alınan kararlar, muvakkat tedbir mahiyetinde olup, daha ziyade fiili zilyedlerin korunmasına matuftur.

Mülkiyet veya râcih bir hak iddia eden kimseler, bu tedbirlere uymakla beraber, Adliye Mahkemesine müracaatla hakiki durumu

tesbit ettirebilirler. Bu arada işaret etmek lâzımdır ki, vali ve kamyamakların gayrimenkule tecavüzün def'ine dair kararları, mahiyet itibariyle idari zabıta tasarruflarından bulunduğu cihetle, mülkiyet ihtilâfının esasına taallük etmemek kaydıyla, idari kaza mercileri önünde bir iptal dâvası mevzuu teşkil edebilir.

İşte, Uyuşmazlık Mahkemesi, mevzuubahs kararların bu mahiyetini, yani idari - icrai tasarruf olduklarını nazarı itibare alarak, «kazai birer hüküm niteliğinde» bulunmadıklarını, çok doğru ve yerinde olarak kabul etmiştir. Bu tavsifin zaruri ve tabii bir neticesi olarak da, hâdisede kaymakamın verdiği men' kararı ile, Kadastro Mahkemesinin tesbit ve tescil kararı arasında, 4788 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi Kurulması Hakkındaki Kanununun 19. maddesinde belirtilen şartlarla bir hüküm ihtilâfı bulunmadığı neticesine varmıştır.

2 — HÜKÜM İHTİLÂFI — Emeklilik Hakkı, Memnu Hakların İadesi, Ağır Ceza Mahkemesi Kararı, Danıştay Dairesi Kararı, Hakkın Yerine Getirilmesine Engel Aylıklık.

Uyuşmazlık Mahkemesi, zimmet suçundan mahkûm olan eski bir veznedarın Ağır Ceza Mahkemesi kararıyla memnu haklarının iade edilmiş olmasına rağmen, İdarece emekli hakkının tanınmamasına dair mezkûr kararda sarahat bulunmadığı mucip sebebiyle, Danıştay 5. Dairesinin red hükmü ile, bu iade kararı arasında hüküm ihtilâfı bulunmadığını kabul etmiştir (U.M. 14 Nisan 1962, Çakan, E. 962/10, K. 962/13, RG. 2 Haziran 1962 - 11118).

Hâdisede, Danıştay 5. Dairesinin baktığı dâvanın mevzuu ve red kararının mucip sebebi, uyuşmazlık kararından anlaşılamadığı cihetle, bir hüküm ihtilâfının mevcut olup olmadığı kestirilememektedir. Ağır Ceza Mahkemesinin, memnu hakların iadesine müteallik kararının, normal olarak, emekli hakkının da geri verilmesini açıklayan bir kaydı veya fıkrayı ihtiva etmemesi, İdare'ce mezkûr hakkın teslim edilmesine mâni teşkil etmemelidir. Çünkü, emeklilik hakkını düşüren tasarruf, doğrudan doğruya mahkûmiyet kararı olmayıp, bu baptaki hükme istinaden İdarenin almış olduğu, keyfiyeti tesbit kararıdır. Binaenaleyh, memnu haklar iade edilirken, Ağır Ceza Mahkemesinin, emekli hakkının da avdetini kararında tasrih etmesi; hem vazife ve salâhiyet hududunu aşmasına ve hem de lüzumsuz bir hüküm vermesine müncer olurdu.

Bu itibarla, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, «Dâvacının memnu haklarının iadesine ilişkin Ağrı Ağır Ceza Mahkemesinin 12.7.1946 gün ve 12 sayılı kararında düşen emeklilik hakkının tanınmasına ilişkin bir hüküm yoktur. Ortada, hakkın yerine getirilmesine engel olacak nitelikte, aynı konuda verilmiş, birbirine aykırı, kesinleşmiş iki hüküm mevcut olmadığından bir hüküm uyuşmazlığının varlığı kabul edilemez. İsteğin reddi gerekir.» şeklindeki esbabı mucibesi ile karar neticesine iştirak etmek bizce güçtür.

§ — SELBİ VAZİFE İHTİLÂFI — İdarenin Gayrimenkul Tahsis Kararı, Sınır İhtilâfı, Danıştay'ın Görevsizlik Kararı, Adliye'nin Meselei Müstehire Kararı, Kanunî Şartlar Tamam Değil!

Uyuşmazlık Mahkemesi, selbi vazife ihtilâfı yoluyla önüne getirilen bir hâdisede, Danıştay'ın görevsizlik kararıyla Adliye Mahkemesi'nin «idari meselei müstehire» yi kabul eden kararı arasındaki uyuşmazlığın, 4788 sayılı kanunun anladığı mânada bir ihtilâf olmadığını içtihad etmiştir (U. M. 14 Nisan 1962, *Aydiner ve Er*, E. 962/12, K. 962/15, RG. 2 Haziran 1962 - 11118).

Hâdisede, İdarenin iskân suretiyle verdiği gayrimenkulleri satın alan dâvacılar, bu yerin fiili yüz ölçümüyle, tapu kaydındaki yüz ölçümünün bir birine uymaması yüzünden, hudutların düzeltilmesi için önce Danıştay'a başvurmuşlar, görevsizlik noktasından red kararı alınca da Asliye Hukuk Mahkemesine müracaat etmişlerdir. Adliye Mahkemesi bu dâvada, gayrimenkulün eski maliklere iskânen tahsis edilip, o zaman sınırlarının tayin ve tesbit edilmiş bulunduğu ve sonradan meydana gelen değişikliklerin Tapu Sicil Muhafızlığınca düzeltilmesi lâzım geldiğini belirtmiş ve şayet yüz ölçümündeki ayrılık öteden beri mevcut ise, dayanak olan tahsis işlemi yetkili İdare'ce tashih edilmedikçe, bu dâvaya bakılamıyacağı gerekçesiyle, bir meselei müstehire karşısında bulunduğunu kabul etmiştir.

İlgililer evvelce Danıştay 9. Dairesinde açmış oldukları dâvada, büyük bir ihtimalle, İmar ve İskân Bakanlığı'nın, sınır düzeltme taleplerinin reddine dair olan kararının iptalini istemişlerdir. Muamele, bu yolda cereyan etmiş ise, Adliye Mahkemesinin meselei müstehire yaptığı nokta ile iptal dâvasının mevzuu olan idari karar aynı konuya taallük ediyor demektir. Böyle olunca, Asliye Mahkemesinin meselei müstehire kararı ile, Danıştay 9. Dairesinin görevsizlik kararı arasında selbi vazife ihtilâfının tekevvün ettiği huku-

ken kabul edilmek lâzım gelirdi. Çünkü, Uyuşmazlık Mahkemesinin mevzuubahs kararı, amelî bakımdan tatbik kabiliyeti olmıyan, veya hiç değilse işi uzatmaktan başka bir şeye yaramıyan hal sureti, nazari cihetten de kabili müdafaa değildir. Filhakika, selbi vazife ihtilâfının mevcudiyet şartlarından olan, İdare ile Adliye'nin karşılıklı görevsizlik kararlarının, dâvanın heyeti umumiyesine ait olması lüzumu, 4788 sayılı kanunda tasrih olunmamıştır. İdari meselei müstehirenin Adliye Mahkemesi'nce kabulü, bu noktanın yetkili merci tarafından haline dek, esas dâvanın görülmemesi demek olduğuna nazaran, selbi ihtilâf usulünün önlemeğe çalıştığı, Devlet'in ihkakı haktan imtina etmesi hali, bu takdirde, dolayısıyla gerçekleşmiş demektir. Binaenaleyh, meselei müstehire kararlarının da, birnevi vazifesizlik kararı telâkki edilerek, selbi ihtilâfa esas olabileceği kabul edilmelidir.

4 — İDARENİN TASARRUFLARI — Vergi Takdir Komisyonu, Götürü Matrah Tesbiti, İtiraz Komisyonu, İtiraz, Danıştay'a Basurma, İdari Muamele, Dâva Değil İdari Müracaat, Danıştay İdare Daireleri Yetkili.

Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 5432 ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunlarının (VUK.) 40 ve 41. maddelerine göre, takdir komisyonlarınca, tesbit edilen götürü matrahlara, ilgili daire ve teşekküllerin, Vergi İtiraz Komisyonu nezdinde vâki itirazlarına karşı, Danıştay'a yapılacak müracaatın hukukî mahiyeti mevzuunda, 4. Daire ile, Dâva Daireleri Genel Kurulu (DDGK.) kararları arasında çıkan içtihat uyuşmazlığını, bu itirazların idari mahiyette olduğu ve Danıştay İdare Dairelerinde tetkik ve karara raptedileceği yolunda hal ve tevhid etmiştir (16 Aralık 1961, E. 961/489, K. 961/603, RG. 6 Nisan 1962 - 11076).

Danıştay 4. Dairesi, bu meseleyi alelâde bir vergi itirazı veya temyiz müracaatı şeklinde mütalâa etmekte iken; DDGK. bir kararında, aynı yolda içtihat ettiği halde, diğer muahhar bir kararında yukarda işaret edilen izah tarzına bağlamış idi. İçtihadın birleştirilmesine esas olan DDGK. 'nun 6 Ekim 1961 gün ve 1. 961/347, K. 961/414 sayılı kararı, aynen şudur: «213 sayılı VUK. ile götürü matrahlara itiraz usulünün hususî bir sisteme bağlandığı, bunlara ait itiraz hakkının yalnız il ve ilçe merkezlerindeki Belediyelere, Ticaret ve Sanayi Odalarına ve varsa takdir olunan götürü matrahların iş ve hizmet nevi itibariyle taallük ettiği meslek ve sanat teşekkülüne ve ilin en büyük mal memuruna tanındığı, mükellef-

lere itiraz yetkisi verilmediği, bu gibi ahvalde bir vergi ihtilâfından ve dolayısıyla bir dâvadan bahis etmeğe imkân bulunmadığı, mücerret — Danıştay'a başvurulabilir — ibaresinin, bu kabil müracaatların bir idarî dâva konusu teşkil edeceği ileri sürülerek bunların dâva daireleri veya dâva daireleri genel kurulu tarafından rüyet ve halli gerekeceği şeklinde anlaşılmasına uygun düşmeyeceği, idarî bir muamelenin neticelendirilmesini mutazammın bulunan ihtilâfın Danıştay İdarî Dairelerince tetkik ve karara bağlanması icap edeceği.....». Bu tevhibi içtihat kararına göre, takdir komisyonlarının götürü matrahları tesbit eden kararlarına mükellefler itiraz edemeyip, ancak kanunun 40 ve 41. maddelerinde sayılan ilgili Belediyeler, Ticaret ve Sanayi Odaları, İş ve İşçi Bulma Kurumu, resmî esnaf teşekkülleri ve ilin en büyük gelir memuru itiraz hakkını haizdir. Vergi İtiraz Komisyonları kararlarına karşı da aynı ilgililer, Danıştay'a başvurabilecekler ve fakat idarî itiraz mahiyetinde olan bu müracaat, dâva dairelerinde değil, idare dairelerinde incelenip karara bağlanacaktır.

Yıllık götürü matrahlara taallük eden bu kararlar aleyhine, mükelleflerin itiraz imkânları yok ise de, tarh muamelelerine karşı yapacakları normal itiraz ve temyiz müracaatlarında, İdarenin kaide - tasarrufu mahiyetinde olan bu kararların Hukuka ve Mevzuata uygun olup olmadığını münakaşa etmelerine Hukuken bir mâni yoktur. Takdir Komisyonunun kararı, idarî heyetlerden geçmek suretiyle tekemmül ettiği takdirde, Danıştay'a yapılacak temyiz müracaatlarının, 3546 sayılı kanunun 27. maddesinin 4 numaralı bendi gereğince, DDGK.'nda rüyet ve halli icap eder.

III. İDARENİN TASARRUFLARI

İDARE AJANLARI — Teyin tasarrufu, Geri alma, Tâdil veya tebdil, Ek görev, Barem Kanunu m. 18, Yanlış tasarruf düzeltilebilir, Fazla ödenen ücret geri alınmaz!

Danıştay Beşinci Dairesinin, metni aşağıya dercolunan 19 Nisan 1962 tarihli *Topuzoğlu* kararı, idarî tasarrufların geri alınmasının doğuracağı neticeler ve 3656 numaralı Barem Kanununun değişik 18. maddesiyle düzenlenen ek görevlerde alınabilecek ücretler bakımından oldukça enteresan hal suretleri kabul etmiş bulunmaktadır.

DANIŞTAY, 5. Daire, 19 Nisan 1962, Topuzoğlu, E. 1961/3472 - K. 1962/1344

Dâvacı : Dr. İsmail Topuzoğlu, İşçi Sigortaları Blok Apt. A/9, Fatih - İstanbul

Dâvalı : 1 — Maliye Bakanlığı.

2 — Çalışma Bakanlığı.

Dâvanın özeti: İşçi Sigortaları Kurumu Hastahanesinde 3659 sayılı kanununun 10 uncu maddesine göre 1100 lira ücretle istihdam edilmekte iken 7460 sayılı kanunla kurulan Yakın ve Orta Doğu Çalışma Enstitüsü kadrosunda 1500 lira aylıklı öğretmenliğe ek görev suretile tayin edildiği ve bu aylığın 2/3'ünü 1961 Eylül ayı iptidasına kadar aldığı halde Maliye Bakanlığı İstanbul Muhasebe Müdürlüğünün müdahalesi üzerine ek görev aylığının müktesep hakkının fevkinde bir miktar üzerinden ödenmeyeceği ve evvelce fazla tediye edilmiş kısmın da geri alınacağı hakkında tesis olunan muamelenin iptali talebinden ibarettir.

Çalışma Bakanlığı Savunması Özeti: Dâvada vekâletlerine husumet teveccüh etmeyeceği meâlinde dir.

Maliye Bakanlığı Savunması Özeti: Savunma müddetinde verilmediğinden 3646 sayılı Danıştay Kanununun 37 nci maddesine göre dosya fiilen tekemmül etmiştir.

Kanun Sözcüsünün Düşüncesi: Memurların maaşa ne suretle istihkak hasıl edeceği 3656 sayılı kanunla tesbit edilmiş ve bu hususta ek vazife ile asıl vazife arasında maaşa istihkak noktasından bir fark gösterilmemiş olduğu cihetle dâvacıya ek vazifesinden dolayı müktesep hak üzerinden bir maaş hesap edilerek tediyesi lâzım geleceği şüphesizdir.

Ancak bir idari tasarrufun geri alındığı tarihe kadar tevliit ettiği hukuki neticeleri tanımak idare hukuku esaslarından bulunduğu cihetle dâvacıya 1961 Eylül ayına kadar 1500 lira aylık üzerinden ödenen ek görev ücreti farkının istirdadı yolundaki muamelenin iptali gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

3656 sayılı kanunun, 4598 sayılı kanunla tadil edilen 7 nci maddesinde her ne suretle olurza olsun bir dereceden fazla terfiin caiz olmadığı açıklanmakla beraber, ancak kadroya göre aşağı derecede memuriyet olmadığı veya ehil memur bulunmadığı takdirde 7 nci ve daha yukarı derecelerden birine en çok iki derece aşağıdaki memurların tayinine cevaz verilmekte ve bu suretle en çok iki derece yukarıdaki memuriyetlere tayin olunanlara ancak o derece maaş tutarı ile, hak kazanmış buldukları derece maaş tutarı arasındaki farkın Bakanlar Kurulu kararı ile tazminat olarak verilebilmesine imkân bahş edilmiş bulunmaktadır.

Vaz edilen bu esas ve prensibe istinaden almakta oldukları müktesep hak maaş derecesinden bir veya iki üst derece maaşlı bir kadroya tayin edilenlerin terfi müddetlerini doldurmadan işgal ettikleri kadro maaşını otomatikman almaları kabil ve mümkün değildir.

Daha yüksek bir maaş kadrosunu esas vazife olarak işgal ve bu kadro ile hukuki itisal peydah eden memurlara kadro maaşının verilmesi mümkün olmaması karşısında bu esasın, munzam bir vazife olarak yüksek kadro işgal edenler hakkında da câri olacağı şüpheden varestedir.

İşçi Sigortaları Kurumu Hastahanesinde 3659 sayılı kanununun 10 uncu maddesine göre 1100 lira maaş alan ve müktesep hak maaşı da 600 lira olduğu anlaşılan

dâvacının mezkûr 3656 sayılı kanunun 4609 sayılı kanunla değişik 18 inci maddesi gereğince ek görev olarak 1500 lira kadro maaşı Yakın ve Orta Doğu Çalışma Enstitüsü Öğretmenliğine tayin edilmiş olması, barem kanununun umumî kalde halinde olan 7 nci maddesi esaslarını değiştiremeyeceğine ve bu hal fer'in asla tâbî olması prensibinin bir icap ve neticesi bulunduğuna binaen dâvacıya verilecek ücretin, isgal ettiği kadronun maaş derecesi üzerinden değil, müktesep hak olarak almakta olduğu 600 lira maaş üzerinden hesap edilmesi lâzım geleceği cihetle dâvacıya ek görev ücretinin 600 lira kadro maaşı üzerinden verilmesi suretiyle yapılan muamelede kanunsuzluk görülmediğinden dâvanın bu hususa taallûk eden kısmının reddine, ancak bir idarî tasarrufun geri alındığı tarihe kadar tevlit ettiği neticeleri tanımak idare hukuku esaslarından bulunmasına binaen müktesep hakkının fevkinde ödenen ek görev ücretinin istirdadı yolunda müesses muamelenin kanunsuzluğu ve hakka-niyet esaslarına aykırılığı zahir bulunduğundan iptaline ve peşin alınan 250 kuruşun mahsbuıyla 1000 kuuruş ilâm harcının taraflardan yarı yarıya alınmasına 19.4.1962 tarihinde ittifakla karar verildi.

Başkan: Rifat Göksu; Üyeler: S. Koçak, Y. Kışoğlu, S. Köksal, K. Erkmenoğlu.

Danıştay kararında idarî tasarrufun geri alınmasının tevlid ettiği neticeye taallûk eden mesele, ikinci hüküm fıkrasına mevzu olmakla beraber; nazari ve ameli bakımdan, ek görev ücretlerine nazaran daha şümüllü ve önemli bulunduğundan, önce bu noktayı ele almak istiyorum.

A — Her şeyden evvel, dâva mevzuu muamelenin hukukî mahiyetini ve mesele ile ilgili terminolojiyi tesbit etmek lâzımdır. Çünkü, hâdisede gerçekten bir idarî tasarrufun geri alınması mevzuubahs olduğu ve Beşinci Daire de «bir idarî tasarrufun geri alındığı» esasından hareket ettiği halde; kararın netice kısmında, idarece tâdil veya tebdil edilen bir tasarrufa terettüp eden hükümler benimsenmiş bulunmaktadır. Filhakika dâvacı *Topuzoğlu*'nu ek göreve tayin eden Çalışma Bakanlığı, bu tayin tasarrufunu, yapıldığı günden itibaren hüküm ifade etmek üzere, tashih veya islâh etmiş, yani geri almış ve yerine kendince doğru olan kararı ikame eylemiştir. Maliye Bakanlığı İstanbul Muhasebe Müdürlüğü de, hatalı saydığı tayin tasarrufunun düzeltilmesini tahrik ve ona göre ücret tahakkuk ve tediye edilmesini teminle yetinmemiş; aynı zamanda tayinin yürürlüğe girdiği ilk gündenberi dâvacıya fazla ödendiğini iddia ettiği paraların iadesini istemiş ve istirdadına teves-sül eylemiştir. Dâvalı İdarelerin bu muameleleri, hakiki mânada ve bütün vasıf ve şartlarını haiz bir «idarî tasarrufun geri alınması» ameliyesi ile karşı karşıya bulunduğumuzu göstèrmektedir.

Malûm olduğu üzere, İdarenin bir tasarrufunu geri alması, tıpkı kazai merciin o tasarrufu iptal etmesi gibi, ilk yapıldığı tarihten itibaren hükümsüzlüğü neticesini doğurur. Böylece, kararın ittihazi tarihi ile geri alınması veya iptali günü arasında tevlid ettiği hukuki durumlar da gayri sahih ve gayri muteber addolunur. Ancak bu devre zarfında fiilen tekevvün etmiş olan vaziyetler, maddi ve hukuki imkânların müsaadesi nisbetinde islâh edilmek kabil ve lâzımdır. Aksi halde, tasarrufun geri alınması veya iptali ile tâdil veya tebdili arasında hukuki bakımdan hiç bir fark kalmaz ve gözetilmiş olmaz. Gerçekten, idari tasarrufların tâdil veya tebdili, bu baptaki kararın verildiği tarihten itibaren hükümlerini göstermeğe başlar ve mazideki durumları olduğu gibi bırakır. Tasarrufun geri alınması ise, makable şâmil olarak, ta yapıldığı günden beri hukuk nizamında tesirlerini icra eder.

Hâdisede, Çalışma ve Maliye Bakanlıklarının dâvacı hakkında tesis ettiği muamelenin, tayin idari tasarrufunun geri alınması mahiyetinde ve hukuka uygun olduğu kabul edildiği takdirde; İdare Hukuku esaslarına göre, bunun geçmişte yarattığı durumların da düzeltilebileceği, binnetice ve bizzarur teslim edilmelidir. Diğer bir ifade ile, mevzuata ve hukuka aykırı olan tayin tasarrufunun bilâhare geri alınmasını tecviz ederken, buna istinaden yapılmış bulunan fazla tediyelerin istirdadına da müsaade etmek lâzımdır. Çünkü, dâvacının fazla aldığı kabul edilen paraların Hazineye iadesi hususunda maddi bir imkânsızlık bulunmadığı gibi; kanunen müstehak olduğu ücret esasen kendisine verildiğinden, karşılıksız bir sayı de sebketmiş değildir. Bu bakımdan, Beşinci Daire kararının ikinci hüküm fıkrasında ileri sürülen, «müktesep hakkının fevkinde ödenen ek görev ücretinin istirdadı yolunda müesses muamelenin kanunsuzluğu ve hakkaniyet esaslarına aykırılığı» hukukan gayri vârittir.

Gerçekten, «İdare Hukuku esaslarından» olduğu ifade edilen, «bir idari tasarrufun geri alındığı tarihe kadar tevlit ettiği neticeleri tanımak», ancak tasarrufun tâdil veya tebdili halinde mevzuabahs olan bir hükümdür. Bu itibarla Beşinci Daire ya «tasarrufun geri alınması» tâbirini İdare Hukuku terminolojisinde kabul edilen mânada kullanmamış, yahut, bu idari muameleye terettüp eden neticede isabetli bir teşhise varmamış, ya da bütün bunları bilerek sırf iktisaden zayıf olan bu kabil memurları tatsız sürprizlere karşı korumak için, alınmış ve harcanmış paraların istirdadına adalet ve nasafet mülâhazasıyla cevaz ve imkân vermemiştir.

Bu hal sureti, idare ve içtihad politikası bakımından takdir ve tasvibe şayan olmakla beraber; memurların himayesi ve hukuki teminatı yönünden kâfi bir tedbir değildir. Çünkü, prensip itibarıyla, İdarenin yalnız tasarruflarını hiçbir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın, her zaman ve istediği gibi değiştirip, düzeltmesine müsaade etmek, âmme ajanlarının ve tekml idare edilenlerin müesses vaziyetlerini ihlâle ve hukuki emniyetlerini tehdiide münceer olmaktadır. Yüksek Danıştay, her bakımdan çok mühim olan bu mesele hakkında, maalesef, bugüne kadar kat'i bir vaziyet almamış, vazih ve müstakar bir içtihad tesis eylememiştir. Nitekim, Dâva Daireleri Genel Kurulunun 26.9.1952 tarihli, E. 52/15, K. 52/244 numaralı Tevhidi İctihad Kararında (RG. 26 Kasım 1952 - 8267) memurların terfi muamelelerinde yapılan hataların, ilgililer birkaç terfi gördükten sonra, müesses vaziyet ve idarede istikrar mülâhazalarıyla, artık düzeltilip değiştirilemeyeceği, şartları ve sınırları belli olmayacak şekilde, kabul edilmiş ve fakat bu esasların tatbikinde birçok müşkülâta maruz kalınmış, eşitlik ve süreklilik sağlanamamıştır.

Halbuki, Fransız Devlet Şûrası, 3 Kasım 1922 tarihli *Dame Cachet* kararındanberi (M. Long - P. Weil - G. Braibant *Les Grands arrêts de la jurisprudence Administrative*, 2^e éd. Paris, 1958, p. 155-159), İdarenin tasarruflarını geri alması (retrait des actes) muamelesinin dâva müddeti içinde yapılıp yapılmadığına, esas kararların hukuka uygun olup olmadıklarına, müktesep hak bahşedip etmediklerine ve hâdisede ilginin bir dahlü tesiri bulunup bulunmadığına göre, muhtelif ihtimalleri derpiş ederek, açık ve kesin içtihadi kaidelere bağlamış ve bunları müstemirren ve seviyen tatbik edegelmiştir. Yüksek Danıştayın bu misâli ve tecrübeyi takiben, İdarenin tasarruflarını geri alması halinde çıkacak ihtilâflara, Fransız jürisprüdansında tebellür eden prensipleri ve hal suretlerini uygulaması mümkün ve hattâ lâzımdır. Yoksa, bu konudaki uyuşmazlıkların sonu gelmedikten başka; İdarenin tasarruflarını yaparken daha dikkatli ve müteyakkız olması ve idare edilenlerin de müesses hakları ve hukuki güvenliği hiç bir zaman sağlanamaz.

Fransız Hukukunun mevzuubahs içtihadi kaideleri hâdisemize tatbik edilmiş olsaydı; Çalışma Bakanlığı tarafından 1960 yılının Şubat ayı sonunda (1500) lira aylıklı kadroda öğretmenliğe ek görev suretiyle tayin edilen dâvacı, 1961 senesinin Eylül ayı başına

kadar bu maaşın üçte ikisini almış ve ancak Sayıştay murakıplarının bu son tarihteki incelemeleri neticesinde İstanbul Muhasebe Müdürlüğüne vâki istizah üzerine Maliye Bakanlığı adına yapılan müdahale ve talep ile tayin tasarrufu tashih ve islâh edilmiş bulunduğu göre; bu tasarruf, mevzuata aykırı olsa bile, sırf İdarenin hatası mahsulü olduğundan, dâva müddeti 90 gün geçtikten sonra hukukan geri alınamazdı. Halbuki Beşinci Daire, tayin tasarrufunun hukuka mugayereti sebebiyle, on sekiz ay sonra İdarece geri alınmasını sahih ve muteber addeylemiş ve fakat bâtil tasarrufun neticesi olan fazlai me'huzların istirdadını tecviz ve kabul etmemiştir. Danıştayın bu iki hüküm fıkrası mütenakız olduktan başka; aşağıda arz ve izah edileceği veçhile; tayin tasarrufunun mevzuata aykırı bulunduğu hükmü de isabetli değildir. Kaldı ki, Çalışma Bakanlığı dâvada husumeti kabul etmek istemediğine nazaran; yalnız başına Maliye Bakanlığının eseri olarak görünen tayin tasarrufunun geri alınması muamelesi, Danıştayın 6 Temmuz 1961 tarihli ve E. 22, K. 378 numaralı Tevhidi İctihad kararında (RG. 15 Kasım 1961 - 10958) kabul edilen İdarede ve şahsi durumlarda istikrar prensibine de muhalif düşmektedir.

B — Barem Kanununun 4609 sayılı kanunla değişik 18. maddesinin tefsir ve tatbik şekline gelince; Beşinci Daire kararına göre, ek görev asıl vazifesinin fer'i olmak itibariyle, memurlar müktesep hak aylık derecelerinin üstünde ek görev ücreti alamazlar. Beşinci Dairenin sayın Başkan ve üyeleri bu hükme varmak için esas vazife aylıklarını tayin ve tesbit eden, 3656 numaralı Barem Kanununun 4598 sayılı kanunla muaddel 7. maddesinden hareket etmekte ve «fer'in asla tâbi olması prensibi» ne dayanmaktadırlar.

Bu tarzı muhakemeye ve istinad edilen kanun maddesine nazaran; Danıştay Hey'eti, dâvacının ilk ve sonraki tayin kararlarının «esas» cihetinden mevzuata aykırılığı dolayısıyla, sahih ve muteber olmadığı mucip sebebine binaen, yapılan muamelenin tamamen hükümsüzlüğüne karar vermek mevkiinde idi. Çünkü, Barem Kanununun değişik 7. maddesinin 5. fıkrası hükmünce, yedinci ve daha yukarı derecelerden birine (yani 6, 5, 4, 3, 2 ve 1) en çok iki derece aşağıdaki memurların tayini caizdir. Hâdisede dâvacının, müktesep hak aylık derecesi 600 lira (yani 9. derece) olduğuna göre, 1500 lira maaşlı kadroya (yani 3. dereceye) ek görevle tayini, kanunen zaten doğru ve yerinde değildir. Gerçi *Topuzoğlu* esas vazifesinde 1100 lira (yani 5. dereceden) ücret

almakta ise de; bu kadro aylığı, müktesep hak derecesine tekabül etmediğinden, keza 7. madde gereğince, ek göreve tayinde ve ücretinin tesbitinde esas ittihaz edilemezdi.

Bu itibarla, dâvacının müktesep hak ücreti 600 lira 9. derece iken, kadro maaşı 1500 lira olan 3. derece bir vazifeye, aynı esbabı mucibe ile esasen ve halen tayini caiz ve mümkün değildir. İdari tasarrufun «esas» daha doğrusu hâdisemizde «mevzu» unsurundaki sakatlıklar, kaideten mahkemenin re'sen nazarı itibara alabileceği intizam âmme müteallik bir husus olmamakla beraber; mevzuubahs dâvada görüldüğü ve Beşinci Dairenin kabulü veçhile, mezkûr aykırılık ihtilâfının özüne dokunduğu takdirde; muameleyi külliyyen ve mutlak surette tâlil edeceğinden taraflarca ileri sürülmesi de, mahkemece hükme medar ittihaz olunabilir ve hattâ olunmalıdır.

Danıştay Beşinci Dairesi, tayin tasarrufu ile bunun yerine ikame edilen geri alma muamelesindeki mevzuubahs «esas» lı sakatlığı hiç nazarı itibara almadan, Barem Kanununun 7. maddesinin 5. fıkrasını, tahlil veya telhis ederek, bedahet hükmünde gördüğü şu neticeye varmaktadır: «Daha yüksek bir maaş kadrosunu esas vazife olarak işgal ve bu kadro ile hukukî ittisal peydah eden memurlara kadro maaşının verilmesi mümkün olmaması karşısında bu esasın, munzam bir vazife olarak yüksek kadro işgal edenler hakkında da cârî olacağı şüpheden varestedir.» Yüksek Hey'eti bu kanaat ve hükme sevkeden husus, ağılebi ihtimal, «munzam vazife» veya «ek görev» tâbirleri'nin «feri» mânasını tazammun eden kelimeler olması ve bunların «esas» veya «asil vazife» nin âdeta yanında yer almalarıdır. Ancak meseleyi bu şekilde terminoloji ve mantık plânında mütalâa etmek, kanaatimizce, isabetli sayılamaz.

Çünkü, Barem Kanununun muaddel 18. maddesi, 1. fıkrasında iki vazifenin bir memur uhdesinde içtima edemeyeceği kaidesini vazettikten sonra; müteakip fıkralarında, öğretmenlik ile tabip, mühendis, mimar ve veteriner gibi bazı meslek sahibi âmme ajanları hakkında istisnâî hükümler kabul etmiş bulunmaktadır. Böyle olunca, kanunun istisna ettiği hallere umumî hükümlerini teşmil ve tatbik etmeğe, Hukukun Umumi Esasları mânidir. Gerçekten, burada artık «feri'nin asla tâbi olması prensibi» cârî olmayıp, istisnâî hale hususî hükümlerin uygulanması zarureti vardır. Şöyle ki, ek görev asıl vazifenin bir fer'i değil istisnası olduğundan; bu müessesese, kanundaki genel kaideler yerine özel kurallar çerçevesinde müstakillen ele alınmak lâzımdır.

Barem Kanununun değişik 18. maddesinde düzenlenen ek görev müessesesi, aynı kanunun 6. maddesinde sayılan «istisnai memuriyetler» ve 13. maddesinde tanzim edilen «ihtisas mevkileri» gibi, maaş veya ücret dereceleri bakımından esas veya asil vazifeye müteallik umumî hükümlere tâbi tutulmamış, özel kaidelere bağlanmış bulunmaktadır. Mevzuubahis 18. maddenin 2. fıkrası, aynen, «maaşlı veya ücretli memurların uhdesinde maaşlı veya ücretli bir daimî muallimlik bulunabilir. Şu kadar ki, asli vazifesi maaşlı olanların uhdesindeki muallimlikten alacakları para, ücret itibar olunur. *Bu suretle ilâveten bir muallimlik deruhte edenlere muallimliğinin ücret veya maaş tutarının üçte ikisi verilir.*» demek suretiyle gayet açık ve kesin bir şekilde, ek göreve tayin edilenlere öğretmenlik kadrosunda mevcut maaş veya ücret tutarının üçte ikisinin tediye olunacağını kabul etmiştir. Bu kabil tayinlerde artık müktesep hak derecesine bakılmasına veya ona göre ücret tesbitine mahal ve lüzum da yoktur. Çünkü müktesep hak derecesi, ancak bir asli vazifeye yeniden tayin edilecek kimselerin maaş veya ücretlerini tesbit hususunda aranacak bir unsurdur. Kanun vazının, bu dereceyi nazara almaktan maksadı, genel olarak âmme ajanları arasındaki hiyerarşiyi, menşe ve kıdem bakımından eşitlik prensibi dairesinde, maaş veya ücret ve emeklilik hakları mevzuunda kollamak ve korumaktan ibarettir. Bu itibarla, esas görevleri yönünden bu gaye hasıl olduktan ve muhafaza edildikten sonra, maaş veya ücret yükselmeleri ve emeklilik hakları mevzuunbahis olmayan ek görevlerde, müktesep hak derecesinin gözönünde tutulmasına hacet ve yer yoktur. Ek görevlilerin maaş veya ücret artışları, ancak daha yüksek dereceli kadrolara nakil veya bunların tahsisi suretiyle mümkün olduğundan ve bu muameleler görev, yetki, sınıf ve mevkilerinin değişmesini intaç etmediğinden; hukukî mânada bir terfi mahiyetinde değildir. Ek görev ücreti, maaştan farklı olarak, muayyen bir hizmetin karşılığıdır ve vazife fiilen ifa edildiği müddetçe ödenebilir. Bu itibarla ek görevli bir memur, asli vazifesinden mezun bulunduğu sırada munzam vazifesine devam etmek zorundadır ve herhangi bir sebeple bununla ittisali kesilecek olursa, yeniden tayin edilmedikçe bir hak iddia edemez? Nitekim Danıştay Dâva Daireleri Umumî Hey'eti, *Prof. Bülent Nuri Esen* dâvasında, vekâlet emrine alınan ek görevli öğretim üyesinin, bu vazife ile alâkası fiilen kesilmiş ise, asli vazifesine iadesi halinde ek görevinin de mihaniki surette avdet etmeyeceğini içtihad ve bu vazifelerin yekdiğerinden tamamen müstakil ve farklı bulunduğunu kabul

etmiştir (8 Ocak 1956 tarihli, E. 56/106, K. 56/97 numaralı, Mukayeseli Hukuk Dergisi, Ankara, Ocak - Şubat 1958, Yıl 3, Sayı 1, s. 21-23).

Diğer taraftan, ek görev maaş veya ücretlerinin tesbitinde müktesep hak derecesi esas alındığı takdirde; öğretmenlerin idari bir vazifeden başka iki öğretmenlik veya sadece üç öğretmenlik deruhte etmelerini derpiş ve tecviz eden Barem Kanununun mezkûr 18. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında kabul olunan mekanizmanın işlemesine hukukan ve maddeten imkân kalmaz. Filhakika birinci halde, «bunların idari vazifelerine ait ücretlerinin ve *muallimlik maaş veya ücretlerinden fazla olanların tamamı* ve ikincisinin üçte ikisi verilir.»; ikinci halde de «bunlar *maaş veya ücretlerinden miktarı fazla olanın tamamını* ve tayin sırasıyla de ikincisinin üçte ikisini ve üçüncüsünün üçte birini alırlar». Danıştay Beşinci Dairesinin anlayış ve uygulama şekline göre, müktesep hak derecesi fevkinde ek görev maaş veya ücreti ödenemeyecek ise; iki veya üç öğretmenliği ek görevle ifa edenler, bunlardan kadro tutarı en fazla olanını nasıl tercih ve iktisap edebileceklerdir? Barem Kanununun 18. maddesinin 5 ve 6. fıkraları tabip, veteriner, mühendis ve mimarların müteaddit ek görev almaları hallerinde mezkûr hükümlerin tatbikini kabul ettiğinden; aynı mülâhazalar bu mesleklerle mensup ajanlar hakkında da tamamen vârittir. Kanun vazı bütün bu ihtimallerde, müktesep hak derecesini bertaraf ettiğine göre; tek bir öğretmenliği ek görevle yapmakta olan memurlar veya müstahdemler için de bu esası evleviyetle hiç nazara almamış demektir. Bir bütün olarak mütalâa ve tefsir edilmesi lâzım gelen Barem Kanununun mevzuubahis 18. maddesi ahkâmı, ek görev maaş veya ücretlerinin deruhte edilen öğretmenlik kadroları tutarı üzerinden 2/3 nisbetinde ödenmesinin zaruri bulunduğunu ve müktesep hak derecesinin haizi tesir bir unsur olmadığını açıkça göstermektedir.

Bundan başka, Memur statüsünde, ek görev maaş ve ücretlerine çok benzeyen vekâlet maaş ve ücretlerinin tayin ve tesbitinde, 1108 numaralı Maaş Kanununun 8. maddesinin sevkettiği hükümler ile tatbikatı, bu kabil ahvalde müktesep hak derecesinin nazarı itibare alınmadığını ve alınmayacağını te'yid etmektedir. Şöyle ki, memur ve müstahdemler, diğer bir vazifeye vekâlet ettikleri takdirde; kendilerine muayyen müddetle, hizmetini ifa ettikleri memuriyete ait maaş veya ücret ile tahsisatın mecmuunun 1/5'inden 1/3 ne kadar olan kısmı vekâlet maaş veya ücreti olarak tediye edilir,

fakat bu nisbetlerin tesbit ve tatbikinde, vekâlet vazifesini gören memur ve müstahdemlerin asıl memuriyetindeki derecesi veya müktesep hak derecesi asla nazara alınmaz. Nitekim tatbikatta vekâlet maaş veya ücreti alan ajanlar çok defa kendi derecelerinin bir kaç derece üstündeki kadrolarda istihdam edilmekte ve, kısa aralarla tayinleri yenilenmek suretiyle, bu usulün muvakkatlık mahiyeti de nazari olmaktan ileri gitmemektedir. Vekâleten görülen vazifede, ek görevde olduğu gibi, derece veya sınıf terfii ve emeklilik hakkı diye bir şey mevzuubahis değildir.

Nihayet, Danıştay Beşinci Dairesinin kararını dayandırdığı 3656 sayılı kanunun 4598 numaralı kanunla muaddel 7. maddesi ahkâmı kül halinde ve tekmil icapları ile ek görev müessesesine de tatbik edilecek olursa; çok garip ve ahenksiz bir vaziyetle karşılaşılır. Mevzuubahis 7. maddenin 5. fıkrası hükmünce; «kadroya göre aşağı derecede memuriyet olmadığı veya ehil memur bulunmadığı takdirde, yedinci ve daha yukarı derecelerden birine en çok iki derece aşağıdaki memurların tayini caizdir»; son fıkrası gereğince ise, «Altıncı ve daha aşağı derecelerdeki memuriyetlere bu dereceler karşılık gösterilerek daha aşağı derece ile memur tayini caizdir.» Şu halde demek oluyor ki; yedinci ve daha yukarı derecelere ancak bu seviyeye ulaşmış memurlar ve sadece iki üst dereceli kadrolara ek görevle tayin edilebilecekler; buna mukabil, altıncı ve daha aşağı derecelere, müktesep haklarına bakılmaksızın, herkes herhangi bir kadroya alınabilecektir. Halbuki istinad edilen 7. madde, ilk ve asli vazifeye tayin hususunda gözönünde tutulabilecek ahkâmı muhtevi olduktan başka; ek görevlere tayinde yedinci dereceden yukarı ve altıncı dereceden aşağı diye iki kategori tefrik edip, bunları gerek tayin, gerek ücret miktarı bakımından ayrı esaslara bağlamak, ek görev müessesesinin birliğine, Hukuk mantığına ve maslahata münafidir.

İşte bu sebep ve mülâhazalara binaen, *Topuzoğlu* kararının gerek mucip sebeplerine, gerek hal suretine iştirak edemiyoruz.

IV. İDARENİN MES'ULİYETİ

KUSURSUZ MES'ULİYET. — Nafia eseri veya âmme tesisi, Hususi gayrimenkul, Bayındırlık işleri, Devamlı - İstisnai - ferdi zarar, Kıymet artışı, Zarardan mahsup ve tenzil, Tazminat, Sorumlu İdare.

Danıştay Dâva Daireleri Genel Kurulu (D.D.G.K.), metinleri aşağıya dercedilen 1.7.1960 ve 1.2.1962 tarihli *Budo* kararlarında,

İdarenin mali mes'uliyeti konusunda, teorik ve pratik bakımdan çok önemli içtihadî kaideler vaz' ve kabul etmiştir. Bu kaideler, bayındırlık ameliyeleriyle vücuda getirilen nafıa eser ve tesislerinin, mücerret mahiyet ve mevcudiyetleri dolayısıyla, komşu gayrimenkullere iras eylediği devamlı, hususî ve anormal zararların, âmme külfetleri karşısında müsavat prensibi gereğince, kusursuz mes'uliyete binaen İdare tarafından tazmin olunacağı ve bayındırlık işleri sebebiyle gayrimenkulde bir kıymet artışı kaydedilmiş ise; bu farkın, bazı ahvalde zarar ve tazminat miktarından mahsup ve tenzil edilemeyeceğidir. Hâdisede, dâvalı İdarenin dermeyeran eylediği husumet def'i vesilesiyle, D.D.G.K., bayındırlık eserlerinin sebebiyet verdiği devamlı zararların tazmini vecibesinin hangi kamu tüzel kişiliğine terettüp edeceği hakkında da bir hal sureti getirmiştir.

DANIŞTAY, D.D.G.K. 1 Temmuz 1960, Budo, Esas: 958/626, Karar: 960/146

Dâvacı : Hatice Budo, Lâleli Ordu Caddesi No. 210, Daire 4 - İstanbul.

Dâvalı : İstanbul Belediyesi ve Karayolları Genel Müdürlüğü

Dâvanın özeti: İstanbul, Beyazıt ile Aksaray arasındaki Ordu caddesinin tanzim ve inşası sırasında yapılan nafıa ameliyeleriyle yol seviyesinin yükseltilmesi neticesinde, dâvacıya ait apartmanın zemin katının ve giriş kapısının cadde seviyesinden çok aşağıda kaldığı ve bu suretle zemin katının bodrum katına inkılâp ettiği ve apartmana iras edilen yetmişbeş bin lira tutarındaki maddî, devamlı, anormal ve hususî zarar ve ziyanın dâvalı idarelere, âmme hizmetlerinin külfetleri karşısında müsavat esasına binaen (Risque) nazariyesi dairesinde tazmin ettirilmesi talebinden ibarettir. Dâva mevzuu apartmanın giriş kapısının bir kaç basamak aşağıda kaldığını zemin katı rülyetinin tamamını hava ve ışığın yarısından fazlasını ve bilhassa mağaza haline ifrağı takarrür etmiş projesinin tatbik imkânını kaybetmiş bulunduğunu, cümle kapısının üçte birinin yer altında kaldığını ve serbest giriş ve çıkış imkânından mahrum olduğunu ve bütün bu haliyle bina cephesinin ve esas bünyesinin tamamen bozulmuş bulunduğu cihetle aşırı derecede mutazzar olan dâvacının muhtel olan hakkını muhafaza ve temin maksadıyla işbu dâvanın açıldığı ifade edilmektedir. Zemin katının bodrum katına inkılâbı sebebiyle apartman kıymeti çok tenezzül etmiş ve bu tenezzül yalnız zemin katına değil, aynı zamanda binanın umumî heyetine de müessir olmuş ve binanın bünyesi cirkinleşmiş ve giriş kapısı da üç metre toprağa gömülmüş ve bu sebeple bu dalrenin kirasında da tenezzül hasil olmuş ve bu katın ayrıca büyük bir mağaza haline sokulması düşüncesi selbedilmiştir. Bu sebeple dâva mevzuu apartman da «65» altmış beşbin liralık zarar husule gelmiştir. Ve ayrıca yol seviyesinin yükseltilmesinden dolayı havagâzi tesisatı bozulmuş olduğundan gerek havagâzinin ve gerekse giriş kapısının tanzim ve islahı için onbin liraya da ihtiyac görülmüş ve cem'an zarar miktarı yetmiş beşbin liraya

ballı olmuş bulunduğunu beyanla bu zararın bir idarî hizmet kusuru olmadığını âmme idaresinin objektif mesuliyetine dayandığını, vatandaşların âmme hizmetlerinin külfet ve nimetlerinden müsavaten istifadelerinin şart olduğunu, zarar görenin zararının telâfi ve tazmin edilmemesi halinde vatandaşların âmme külfetleri önünde müsavata ihlâl edilmiş olacağını dermeyanla dâvanın kabul ve istenilen tazminatın itasına karar verilmesi talep edilmektedir.

Dâvalı Karayolları Genel Müdürlüğünün Savunması: Şehir içi olan bahis mevzuu yolun İstanbul Belediyesi tarafından yapıldığını bu sebeple husumetin Belediyeye tevcih edeceği, iddia edilen zararın hakiki miktarının ehilyukuf marifetiyle tesbiti gerekeceği, bu yolun İstanbul ve hattâ Türkiyenin en muhteşem yollarından biri olup inşasından dolayı her iki kıyısındaki gayrimenkullerin muazzam birer kıymet iktisap etmelerine sebep olduğu, binaenaleyh yalnız zararın değil, yolun insası sebebiyle kazanılmış olan kıymetinin de nazara alınması lâzım geleceği ve bu sebeple ortada bir zarar değil, kârın mevcut bulunduğu beyanla dâvanın reddi istenmektedir.

Dâvalı İstanbul Belediyesinin savunması: Bahis mevzuu yolun Belediye tarafından yapıldığı, ancak yol profilinin, üst seviyesinin Karayolları tarafından tesbit edilmiş olduğu, teknik kaidelere tevfikân yapılmış olan yol seviyesinin dâva mevzuu apartmanın biraz aşağıda kaldığı yolun üst seviyesinin Karayolları tarafından tesbit edilmiş olduğundan husumetin kendilerine teveccüh etmeyeceği, Devlet Şurası Kanununa göre tazmin için ortada hizmet kusurunun mevcut olması lâzım geleceği ve esasen hâdisede maddî ve fiilî bir zararın mevcut bulunmadığı beyanıyla dâvanın reddi talep edilmektedir.

Kanun Sözcüsünün Düşüncesi: Dâvacı, İstanbul'da Beyazıt ile Aksaray arasında apartmanın bulunduğu Ordu Caddesinin yeniden tanzim ve inşası sırasında, yol seviyesinin yükseltilmesi neticesinde, binanın zemin katında bulunan giriş kapısı ve pencereler cadde seviyesinden aşağıda kalmış, zemin katı bodruma inkılâp etmiş ve bu suretle gayrimenkulünde 75,000 liralık zarar husule gelmiş olduğundan bu zararının tazminini istemektedir.

Bahis konusu yolun üst seviyesi Karayolları Genel Müdürlüğünce tesbit ve Belediyece de bu seviye esas alınmak suretiyle inşaat yapılmış olmak itibarıyla husumetin her iki idareye tevcihinde bir yolsuzluk görülmemiştir. Bu itibarla husumet def'i sayarı kabul değildir.

Dâvacı tazminini istediği zararın yol inşasından doğduğunu iddia etmektedir. Âmmenin faydalandığı bir isten bir veya bir kaç şahsın zararı varsa bu zararın tazmin edilmesi adalet ve hakkaniyet prensibi icabındandır. Dâvacının da yol seviyesinin yükseltilmesinden mütevellit bir zararı mevcutsa bu zararın adalet ve hakkaniyet prensibine göre tazmini icap eder. Ancak Belediyece yol seviyesinin yükseltildiği kabul edildiği halde dâvacının apartmanın zemin katının bodruma inkılâp ettiğine, giriş kapısının ve zemin kattaki pencerelerin kısmen kapandığına müteallik iddiaları ve bundan mütevellit bir zararın mevcudiyeti kabul edilmemektedir. Evvel emirde bu cihetle ve zarar mevcutsa miktarının mahallinde keşif lerası suretiyle tesbiti gerekir.

TÜRK ULUSU NAMINA

Hüküm veren Danıştay Dâva Daireleri Genel Kurulunca işin esası düşünüldü:

Dâvada bahis mevzuu olan İstanbul, Beyazıt - Aksaray arasındaki Ordu Caddesinin tanzim ve inşası İstanbul Belediyesinin savunması ve ehilyukuf raporu mün-

dericatifinden anlaşılacağı veçhile, İstanbul şehri içinde olan bu yolun, Karayolları Genel Müdürlüğünün teknik yardımıyla doğrudan doğruya İstanbul Belediyesi Başkanlığının vazife ve mesuliyeti altında inşa edildiği sabit olmuş olduğundan, Karayolları Genel Müdürlüğünün husumetten çıkarılmasına ve İstanbul Belediyesi husumetiyle dâvanın esasının tekkikine geçildi.

Dâvacı, İstanbul şehri içinde Beyazıt ile Aksaray arasındaki Ordu Caddesinin tanzim ve inşasından dolayı gayrimenkulünün zarar gördüğünü ve bu zararın da yol inşasındaki yol seviyesinin yükseltilmesi suretiyle, giriş kapısının cadde seviyesinden çok aşağıya düştüğünü ve zemin katının bodrum katına inkılâp etmiş bulunduğunu beyanla dâvalı idarenin âmme külfetlerinden doğan ve Risk esasına dayanan yetmişbeş bin liralık zararının tazminini istemektedir. Âmme hizmetleri karşısında müsavat, adalet ve hakkaniyet prensiplerine, kusursuz ve objektif bir mesuliyete dayandığı iddia edilen bu zararın tazmin edilmemesi halinde, vatandaşın âmme hizmet külfetleri önünde müsavat esasından mahrum edileceği ileri sürülmekte ve fiîhakkıka iddia edilen zararın kısmen husule geldiği anlaşılması bulunmakta ise de bir nafia ameliyesi neticesinde husule gelmiş bulunan bir zararın, aynı gayrimenkule sağladığı faide ve değerle de mukayese edilmesi yine müsavat ve hakkaniyet prensibinin zarurî neticelerinden görülmüştür. Bu sebeple ehliyyukuf raporunda tebarüz ettirildiği veçhile dâvacı gayrimenkulünün iddia edilen zararın üç mislinde fazla bir kıymet hasil etmiş ve değerlendirilmiş olduğundan dâvanın reddine ve peşin alınan 750 liradan mahsubu yapılmak suretiyle 800 kuruş ilâm harcının dâvacıdan tahsilî suretiyle geri kalan 742 liranın dâvacıya iadesine 1.7.1960 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

D.D.G.K. Başkanı: 7. Daire Başkanı T. Şenocak; Üyeler: 8. Daire Başkanı: R. Esmerer, H. Tanc, M. N. Öğüt, K. Kayan, Y. Kisiöglü, A. Dünder, A. D. Toran, S. Arkan, F. Kuttan, K. Berkem, Ş. Ayan, F. Mentese, S. Çolakoğlu, C. Göydün.

DANIŞTAY, D.D.G.K., 16 Şubat 1962, Budo, Esas: 1960/177, Karar: 1962/108

Kararın Düzeltilmesini İsteyen: Halice Budo, Laleli Ordu Cad. No. 210, Daire 4 - İstanbul.

Karşı taraf: İstanbul Belediyesi.

İsteğin Özeti: Dâva Daireleri Genel Kurulunun Esas 1958/626 ve Karar 1960/146 sayılı kararının; Hey'ette zararın vaki olduğu kabul edildiği ve objektif mesuliyet esaslarına göre taayyün etmesi gerektiği belirtildiği halde yolun genişletilmesi dâvacıya ait gayrimenkulde husule gelen kıymet artışı nazarı dikkate alınmak suretiyle dâvanın reddedilmesinin kanun, hakkaniyet ve hukuk prensiplerine aykırı bulunduğu, zira 5237 sayılı Belediye Gelirleri Kanunundaki değerlendirme resmine ait 16 ncı maddede bir gayrimenkulden değerlendirme resmi alınabilmesi için gayrimenkulün istimalık ile sokağın yüzüne çıkması, cephesinin artması veya yüzünde bulunduğu yolların genişlemesi gerektiği, halbuki dâvacıya ait gayrimenkulün zemin katı ile giriş kapısının toprak seviyesinin aşağısına indiği, yolun genişlemediği, değerlendirme resmi tahakkuk ettirildiği takdirde usulüne göre itiraza hakları olduğu ileri sürülerek bahis konusu kararın düzeltilmesi yolundadır.

Karşı tarafın Savunması Özeti: Dâvalı İstanbul Belediyesi Savunma göndermemiştir.

Kanun Sözcüsünün Düşüncesi: Karar düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen hususlar 3546 sayılı kanunun 50 nci maddesinde yazılı sebeplerden hiçbirine uymadığından talebin reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunca işin gereği düşünüldü.

Düzeltilmesi istenilen Dava Daireleri Genel Kurulunun 1958/926 esas ve 1960/146 sayılı kararının düzeltilmesi hakkındaki talebin kabulüne ve mezkûr kararın kaldırılmasına oyçokluğu ile karar verildikten sonra iş yeniden incelendi.

Belde hudutları içinde bulunan cadde ve sokakların inşa, tevsi ve tadili kanunen Belediyelere verilmiş vazifelerdendir. Olayda bahis konusu edilen Ordu Caddesinin yeniden düzenlenmesinde Karayolları Genel Müdürlüğü İstanbul Belediyesine teknik yardımda bulunmuştur. Bu yolun belediyenin vazife ve sorumluluğu altında inşa olunduğu bilirkişi raporile de sabit bulunduğuna göre Karayolları Genel Müdürlüğü ile İstanbul Belediyesinin hasım olarak gösterilmiş bulunduğu bu dâvada Karayolları Genel Müdürlüğünün husumet mevkiinden çıkarılmasına ve husumetin İstanbul Belediyesine hasrolmasına karar verilerek işin esasının incelenmesine geçildi.

Dâva, Beyazıt Meydanı ile Aksaray arasındaki Ordu Caddesinin yeniden düzenlenmesi sırasında yolun yükseltilmesi üzerine dâvacıya ait apartmanın kapısının yol seviyesine nazaran aşağı düşmüş ve zemin katının kısmen bodrum katına inkılâp etmiş olması sebepleriyle maruz kaldığı 75.000 liralık zararın Risque esasına göre tanzim edilmesi dileğinden ibarettir.

Amme mükellefiyetleri karşısında fertlerin eşitliği, idare hukukunun esaslarından biridir. Bayındırlık İşlerinin ifası neticesinde meydana gelen tesis ve eserler, topluluğun faydalandığı bir iktisap teşkil ettiğine göre, bu yüzden ferdin zarara uğraması halinde, bu zarar, topluluğun nef'ine katlanılmış bir fedakârlık niteliğini taşıdığı cihetle amme mükellefiyetleri karşısında eşitliği sağlamak için devamlı ve istisnai karakterde olan ferdi zararları telâfi etmek hakkaniyet ve nasafetin bir icabıdır.

Hâdisede, Ordu Caddesinin seviyesinin yükseltilmesi neticesinde dâvacıya ait apartmanın değerinde bir artış olmakla beraber aynı binanın değerinde bir düşme de husule geldiği ve ayrıca apartmanın kapısının yeniden tanzim edilebilmesi için dâvacının bir takım masraflara katlanması gerektiği bilirkişi tetkikatından anlaşılmıştır. Bu zararın kıymet artışı ile mahsubu düşünülemez. Zira evvelâ, Belediye 5237 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 16 nci maddesinde yazılı şartlar mevcut ise, değerlenmeye karşılık ayrıca bir resim tahakkuk ettirilerek tahsil edebilir. Öte yandan, mezkûr cadde üzerindeki diğer gayrimenkuller meyanda aynı bayındırlık işi dolayısıyla kıymetleri artan, fakat hiçbir zarar görmiyenler bulunabileceği göz önünde tutulursa dâvacı lehine hasıl olan kıymet artışının, kendisinin uğradığı zararlar mahsubu yoluna gidildiği takdirde dâvacının bu kabül gayrimenkul sahiplerine nazaran mağdur bir duruma düşmüş olacağını kabul etmek leah eder. Değer artışı ile zararın mahsubu bu itibarla varit olamayacağına ve zararın bayındırlık işinin ifasından ileri geldiği ve devamlı ve istisnai bir mahiyet taşıdığı zâhir bulunmasına binaen, yukarıda belirtilen sebepler dolayısıyla bu zararın idarece tazmin edilmesi tabiidir.

Dâvacıya ait apartmanın kapısının yeniden düzenlenmesi için 9.500 liralık masrafa ihtiyaç bulunduğu ve zemin katının kısmen bodrum katına inkılâp etmesi sebebiyle 14.400 lira kira düşüklüğü vaki olduğu ve bu suretle dâvacının cem'an 23.900 lira zarara girdiği naip üye huzuru ile yaptırılan bilirkişi tetkikatı sonunda verilen

raporlarla sabit olmuştur. Şu hale göre Belediyece yeniden düzenlenen Ordu Caddesinin yükseltilmesi neticesinde dâvacıya ait apartmanda husule gelen ve bilirkliş raporuna göre 23.900 liradan ibaret olduğu anlaşılan zararın dâvalı Belediyece tazmini lâzım geldiğine, dâvacının bu miktardan fazlaya taallük eden talep ve dâvasının reddine, dâvacıdan peşin alınan 300 kurusun kendisine iadesiyle 956 lira nisbi ilâm harcının dâvalı Belediyeden alınmasına 16.2.1962 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

Danıştay Başkanı: İbrahim Senil; Üyeler: 7. D. Başkanı T. Gerçekler, 5. D. Başkanı Rifat Göksoy, M. Kusakcıoğlu, B. Ergut, İ. Arar, Y. Kısioğlu, A. Dündar, S. Köksal, M. Kulman, K. Erkmenoğlu, M. Varınlı, A. Tuncay, F. Öztürk, R. Tartan.

D.D.G.K. nun 1.7.1960 tarihli ilk ilâmında hâdise ile tarafların iddia ve müdafaaları, yeter derecede açıklanmış bulunduğundan; bu noktaları tekrar ele almağa lüzum ve mahal yoktur.

Husumet meselesi, muhakeme usulü bakımından — D.D.G.K. nun yaptığı gibi —, önce tetkik ve halli gereken bir nokta olmakla beraber; bu mevzudaki husumet mes'uliyetin mahiyeti ile çok yakından ilgili bulunduğundan; sorumlu idarenin tayin ve tespitini, ihtilâfın esasının incelenmesinden sonra yapmak daha doğru ve ve muvafıktır.

A — D.D.G.K., *Budo* kararlarında, Fransız Devlet Şûrasının 19. asrın başındanberi kabul ve tatbik etmekte olduğu içtihadı müvazi olarak, bildiğimize göre ilk defa, nafıa eserlerinin mevcudiyetinden münbais zararların, objektif veya kusursuz mes'uliyete binaen, İdarece tazmini lâzım geldiğini ifade eylemektedir. Dâvalı İstanbul Belediyesi, hâdisede bir hizmet kusuru bulunmadığını ve Danıştay Kanununa göre İdarenin ancak bu sebeple mes'ul olabileceğini def'an dermeyan eylemiş olduğu halde; D.D.G.K. nun, kararlarında bu itiraza hiç yer ve kıymet vermemiş olması, ihtilâfa kusursuz mes'uliyet kaidelerinin uygulanmasını gayet tabii ve hattâ zaruri saydığıının delilidir. Nitekim D.D.G.K. 16.2.1962 tarihli Tashihi Karar İlâmının hüküm kısmının 4. fıkrasında, İdarenin bu mevzudaki mes'uliyetinin prensibini vazetmektedir. Bu sorumluluk objektiftir ve bir hizmet kusurunun mevcudiyet ve ispatına bağlı değildir. Gayrimenkule vâki zarar ile nafıa eserinin niteliği ve varlığı arasında bir illiyet rabitasının bulunması, tazmin mükellefiyeti için kâfi bir sebeptir. Ancak bu zararın, *devamlı*, *istisnai* ve *ferdî* mahiyette olması lâzımdır. Çünkü İdarenin bu bapta mes'uliyetinin temeli, «*Âmme mükellefiyetleri karşısında fertlerin eşitliği*» pren-

sibidir. Filhakika, «bayındırlık işlerinin ifası neticesinde meydana gelen tesis ve eserler, topluluğun faydalandığı bir iktisap teşkil ettiğine göre, bu yüzden ferdin zarara uğraması halinde bu zarar, topluluğun nef'ine katlanılmış bir fedakârlık niteliğini taşır». İdarenin vücutte getirdiği nafıa eserleri, nevilerine göre, bütün vatandaşların, bir bölge halkının veya bir belde sâkinlerinin, doğrudan doğruya veya dolayısıyla istifadelerine arz olunur. Bu istifade, prensip itibariyle, müsavat dairesinde te'min edilir. Bayındırlık eserlerinin mevcudiyeti, şayet müstefitlerden bazıları aleyhinde, komşuluk münasebetlerinin ve toplum icaplarının tecviz etmeyeceği derecede anormal ve hususi bir külfet veya fedakârlığı istilzam etmekte ise; bu hal ilgililer arasındaki eşitliği bozacağından; müvazenenin iade ve tesisi için istisnai ve ferdi zararlara maruz kalanlara cemiyetin tazminat vermesi lâzımdır. Burada cemiyeti teşkil ve temsil eden İdare Hükmi Şahsı, nasıl nafıa eserlerini yapmak için idare edilenlerden topladığı vergileri sarftmış ise, bu eserler yüzünden diğer fertlere nazaran daha fazla külfete sokulmuş olan kimselerin zararlarını telâfi etmek mevkiindedir. Böylece, müstefidler arasında, vergi yoluyla, külfet bakımından müsavat sağlamış olur. Çünkü İdarenin mutazarrırlara ödediği tazminat, daha önce veya daha sonra, bütün ilgililerden tahsil edilen vergilerden karşılanacaktır.

Yüksek Danıştay, 1.7.1960 tarihli ilk *Budo* kararında İdarenin mes'uliyeti prensibini kabul etmekle beraber; ağılebi ihtimal dâvayı, zarar ile değerlenme arasındaki mahsup ve takas neticesinde esastan reddedeceği mülâhazasıyla, sorumluluğun dayandığı temeli açıkça göstermekten çekinmiş veya şimdilik buna lüzum görmemiştir. Buna mukabil, 16.2.1962 tarihli Tashihi Karar İlamında D.D.G.K., yukarıda zikrettiğimiz hüküm fıkrasıyla İdarenin mes'uliyetinin istinat ettiği hukukî sebebi sarahaten ifade eylemiştir. Ancak bu hukukî sebepte ne vahdet, ne de kat'iyet vardır. Şöyle ki, İdare Hukukunun «*Âmme mükellefiyetleri karşısında fertlerin eşitliği*» esastan hareket ettikten sonra, Yüksek Hey'et, «teşis ve eserlerin topluluğun faydalandığı bir iktisap teşkil ettiği»nden bahsetmekte ve nihayet «*hakkaniyet ve nesafet*»e dayanmaktadır. Hüküm fıkrasının ihtiva ettiği bu üç formül, birbirleriyle az çok ilgili ise de; aynı sorumluluk temelini ifade eden ibareler sayılamaz. Çünkü, «külfetler önünde eşitlik» prensibi, Mecellenin 88. maddesindeki «*külfet nimete ve nimet külfete göredir*» kaidei külliyesinin modern Âmme Hukukunda ifade ve tatbikinden ibaret olduğu halde,

«*hakkaniyet ve nasafet*» kaidesi, daha ziyade Anglo-Sakson hukukunda yeri olan bir Adalet ilkesidir ve bizatihi İdarenin mes'uliyeti için bir esas ve sebep teşkil etmez. Gerçi müsavat esasında bu Adalet ilkesinin de bir tesir ve payı vardır; lâkin tek başına ve mücerret olarak «*hakkaniyet ve nasafet*» İdarenin tazminata mahkûm edilmesine kâfi bir mülâhaza değildir. Âmme tesis ve eserlerinin, «*topluluğun faydalandığı bir iktisap teşkil ettiği*» mucip sebebine gelince; bu telâkki, daha ziyade M. Hauriou'nun (*Precis de Droit Administratif et Public*, 11^e éd. Paris 1927), nafıa zararlarından İdarenin sorumluluğunu izah eden «*sebepsiz iktisap*» nazariyesine müstenit görünmektedir. Hauriou'ya nazaran İdare, yani topluluk, bu kabil ahvalde «*daha az sarfiyatla*» ferd aleyhine «*iktisapta bulunduğu*» cihetle, tazmin vecibesıyla mükellef tutulmalıdır. Ancak bu nazariyenin, bayındırlık konusunda İdarenin sorumluluğunu izaha kâfi gelemeyeceği, bu hususta otorite sayılan diğer bir müellif, P. Duez (*La responsabilité de la Puissance Publique*, 2^e éd. Paris 1938, p. 314) ortaya koymuş bulunmaktadır. Bu itibarla, D.D.G.K. nun, *Budo* kararında, «*iktisap*» tan hiç bahsetmemesi daha doğru ve mümkün idi.

Gerçekten, İdarenin, nafıa eser ve tesislerinin mücerret mevcudiyet ve mahiyetleri dolayısıyla, civardaki gayrimenkullere iras edeceği devamlı, istisnai ve ferdi zararları tazmin mükellefiyeti, ancak ve sadece «*âmme külfetleri önünde ferdlerin eşitliği*» prensibine dayandırılıp, izah edilebilir. Bu bakımdan, hâdisede dâvacının iddia ve talebine rağmen, Yüksek Danıştayın «*risque*» (muhatara) nazariyesine temas ve iltifat etmemiş olması, yeni müelliflerin kanaatleri muvacehesinde, çok doğru ve yerindedir. Şöyle ki, İdarenin bu bapta mes'uliyetini «*risque*» (muhatara) esasına istinaden izah ve tasnif eden müellifler (André de Laubadère, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 2^e éd. Paris 1957, p. 476 et s.) mevent ise de; İdare Hukuku otoritelerinin ekserisi (Marcel Waline, *Traité de Droit Administratif*, 8^e éd. Paris 1958, p. 725 et s.; Georges Vedel, *Manuel de Droit Administratif*, 2^e éd. Paris 1961, p. 257 et s.; Jean Rivero, *Precis de Droit Administratif*, Paris 1960, p. 237 et s.), «*muhatara*» (risque) mefhumunun tehlikeli bir faaliyet veya tesisatın varlığını tazammun etmesi itibariyle, bu vasıf ve mahiyeti haiz olmayan nafıa eserleri, mevcudiyetleri dolayısıyla kusur dışında tazminata yol açabileceğinden bu hali, objektif mes'uliyetin müstakil bir kategorisi olarak mütalâa ve tasnif etmektedirler. Adları geçen son üç müellife göre, İdarenin bu alandaki

sorumluluğunun temeli, «*âmmе külfetleri önünde ferdlerin eşitliği*» prensibinden ibarettir. Nitekim Fransız Devlet Şûrası, *Budo* hâdisesinin nokta noktasına aynı olan iki ihtilâfta İdareyi tazminata mahkûm ederken, ne *hizmet kusurundan* ve ne de «*risque*» (muhatara) den bahsetmiş, zımnen müsavat prensibine binaen, âfaki mes'uliyet esasını kabul ve tatbik eylemiştir (C. E., 17 Juin 1936, *Préfet des Hautes - Pyrénées C. Sieur Soulé*, Recueil des Arrêts, p. 665; C. E., 31 Mai 1939, *Commune de Dives*, Recueil, P. 500-501).

Bu mülâhazalarımıza rağmen, Yüksek Danıştayın 16.2.1962 tarihli *Budo* kararında vaz' ve tatbik ettiği İdarenin sorumluluğuna ait içtihad kaidesi, esas itibariyle, doğru olduğu gibi; ihtilâfta kabul ettiği hal sureti de tamamen isabetli bulunmaktadır.

B — Bayındırlık işleri sebebiyle, komşu gayrimenkul ayrıca bir kıymet artması kaydetmişse, bunun zarar ve tazminat miktarından her halde mahsup ve tenzil edilmesi lâzım gelmeyeceği hakkındaki içtihadî kaideye gelince; bu da tamamen doğru ve hâdisede vârit olan bir keyfiyettir.

Bu meselenin tafsil ve münakaşasına girişmeden önce; dâvada aynı noktadan mevzu bahis olan bir usul problemini açıklayıp, çözmek lâzımdır. Şöyle ki, bayındırlık işinin doğurduğu zarar ile sağladığı değer arasında yapılması gereken mahsuba ait talebi ancak dâvalı ve sorumlu İdare mi ileri sürebilir, yoksa dâvada taraf kabul edilmeyen İdarece dermeyan olunan def'i üzerine veya re'sen mahkeme tarafından da nazara alınabilir mi? Tetkik mevzuu dâvada, 1.7.1960 tarihli ilâm mündericatından anlaşılacağı veçhile, mahsup def'ini yalnız Karayolları Genel Müdürlüğü dermeyan etmiş, asıl dâvalı ve sorumlu sayılan İstanbul Belediyesi bu cihetten bir müdafaada bulunmamıştır. D.D.G.K., gerek ilk hükmünde, gerekse Tashihi Karar ilâmında, Karayolları Genel Müdürlüğünü husumet mevkiinden çıkardığı halde; yalnız onun ileri sürdüğü bir def'i, önce dâvayı reddeden hükme esas ittihaz etmiş, sonra onu reddetmek için uzun uzun tartışmak lüzumunu hissetmiştir.

Halbuki, Danıştayın tetkik ve rü'yet ettiği ihtilâf bir tam kaza dâvası ve ileri sürülen iddia da tazminatın miktarına ilişkin esasa ait bir müdafaada olduğuna göre; bu cihet intizamı âmmeye taallük ve hâkimin re'sen nazara alması icap eden bir husus değildir. Bu def'i, ancak tazmin vecibesıyla mükellef olan asıl dâvalı İdare dermeyan etmiş bulunsaydı, usulen hükme medar ittihaz edilebilirdi. D.D.G.K., dâvalı idarelerden Karayolları Genel Müdürlüğünü ipti-

daen husumetten ihraç ettiğine ve mes'uiyetten beri kıldığına nazaran, artık bu müdafaa sebebini mevzuubahis etmemeliydi.

Kaldı ki, bilâhare Tashihi Karar ilâmında kabul ettiği veçhile; hâdisede şayet bayındırlık işinden dolayı bir değerlenme varsa, bu kıymet artışının ihtilâflı gayrimenkule mahsus ve münhasır olmaması bakımından, mahsup muamelesi asla vârit değildir. Filhakika dâvacının binasının bulunduğu «cadde üzerindeki diğer gayrimenkuller meyanında aynı bayındırlık işi dolayısıyla kıymetleri artan, fakat hiç bir zarar görmeyenler bulunabileceği gözönünde tutulursa dâvacı lehine hasıl olan kıymet artışının kendisinin uğradığı zararlar mahsubu yoluna gidildiği takdirde, dâvacının bu kabil gayrimenkul sahiplerine naazran mağdur bir duruma düşmüş olacağını kabul etmek icap eder». Çünkü bu konuda İdarenin sorumlu ve tazminatla mükellef tutulmasının sebebi; âmme külfetleri önünde fertlerin eşitliği esasının ihlâl edilmiş bulunması, maksadı da; bozulan bu muvazenenin iade olunmasıdır.

Gerçi Fransız doktrin ve jürisprüdansı, nafia ameliyeleri neticesinde gayrimenkullerde husule gelen devamlı ve anormal zararların kıymet artışlarıyla karşılaştırıldıktan sonra tazminat miktarının tayin ve tesbit olunacağını kabul etmektedir. Lâkin bu değerlenmenin tazminattan tenzil edilebilmesi için, zarar unsuru gibi, özel ve ferdi nitelikte olması şartı aranmaktadır. Bu bakımdan Danıştayın 1.2.1960 tarihli ilk *Budo* kararındaki, «bir nafia ameliyesi neticesinde husule gelmiş bulunan bir zararın, aynı gayrimenkule sağladığı faide ve değerle de mukayese edilmesi, yine müsavat ve hakkaniyet prensibinin zarurî» icabıdır, formülü pek mutlak ve dolayısıyla hatalıdır. Zira böyle umumî ve kesin bir kaide, bu mevzudaki tazminat hakkının temeli ile bağdaşamıyacağı gibi, bunun, çok çeşitli ihtimallerin derpiş edilmesi lâzım gelen bütün ihtilâflı durumlara aynen uygulanması haksızlık ve yolsuzluklara müncer olabilir.

Nitekim, hâdisemizde tavsifi güç bir ehlivukuf, «dâvacı gayrimenkulünün iddia edilen zararın üç mislinden fazla bir kıymet hasıl etmiş ve değerlendirilmiş bulunduğunu» raporunda belirtebildiğine göre; Yüksek Mahkeme, yukardaki kaideyi bütün itlâkı ile tatbik edecek olsa, İdareyi tazminata mahkûm etmek şöyle dursun, mağdur dâvacının idareye borçlu olduğuna karar vermesi lâzım gelir. İşte D.D.G.K., ilk kararının böyle garip bir neticeyi tazammun ettiğini bilâhare fark etmiş olacak ki, Tashihi Karar İlâmında, «bu zararın kıymet artışı ile mahsubu düşünülemez. Zira evvelâ belediye

5237 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 16 ncı maddesinde yazılı şartlar mevcut ise, değerlendirilmeye karşılık ayrıca bir resmi tahakkuk ettirilerek tahsil edebilir.» demek suretiyle, nafıa ameliyeleri dolayısıyla vâki genel kıymet artışının tazminattan mahsup edilemeyeceği esasını vaz'etmiştir.

Bununla beraber, hâdisede özel bir kıymet fazlası hasil olmadığı gibi, belediyece değerlendirilme resmi tahsilini mümkün kılacak genel bir kıymet artışı da yoktur. Çünkü, İstanbul Belediyesinin Beyazıt ile Aksaray arasındaki Ordu caddesi üzerinde yaptığı veya yaptırdığı bayındırlık işleri mevcut ağaçlı iyi durumda parke yolu (allée) kaldırıp, hiç bir genişletme ve kamulaştırma yapmadan yerine beton asfalt döktürmekten ibarettir. Bu arada yol seviyesi değiştirildiğinden, yükselen yerlere tesadüf eden binalar zarar görmüş, alçalan yerlerdeki gayrimenkuller ise, kısmen fayda sağlamıştır. İmdi, bu duruma konulan bir cadde üzerindeki binaların genel olarak değerlendirildiği iddia ve kabul edilebilir mi? Gerçekten, bugün Ordu caddesi, bir kaldırımından diğerine yayaların geçmesi, imkânsız denilebilecek derecede güç olan bir uçak pistinden başka bir manzara arz etmemektedir. Halbuki, evvelce burası çınarların yeşillendirip, gölgelendirdiği çok güzel ve rahat bir «allée» idi. Bu itibarla, bütün cadde boyunca uzanan gayrimenkullerin değerinde bir artış değil, beiki bir kıymet tenezzülü kaydedilmiş bulunmaktadır. Bu açıklamalardan sonra, ihtilâflı binayı tetkik eden ehliivukufun tavsifinin neden güç olduğu her halde anlaşılmıştır.

Hülâsa, nafıa ameliyelerinin civar gayrimenkullere temin ettiği fayda ve değer artışının, iras eylediği zararlardan mahsup ve tenzil olunabilmesi için, aynı vasıf ve şartları haiz bulunmaları, yani devamlı, istisnai ve ferdi mahiyet taşımaları zaruridir. Bunun dışında, genel bir kıymet tezayüdü vâki ise, bunun tazminattan mahsubu kabil olmayıp; ancak kanunî unsur ve şartlarını câmi bulunmak kaydiyle, değerlendirilme resmine (şerefiye) tâbi tutulması caiz ve mümkündür.

C — *Budo* ihtilâfında, dâvacının tazminat talebini İstanbul Belediyesi ile Karayolları Genel Müdürlüğüne tevcih etmesi ve bu iki idarenin de husumet def'inde bulunması karşısında, Danıştay, nafıa eserleri veya âmme tesisleri yüzünden civar gayrimenkullerde hâsil olan devamlı, anormal ve ferdi zararlardan hangi kamu tüzel kişisinin sorumlu tutulacağı meselesini halletmek zorunda kalmıştır. D.D.K.G., gerek ilk kararında, gerek Tashihi Karar ilâmında, Kara-

yolları Genel Müdürlüğünü dâvalı mevkiinden çıkarıp, husumeti İstanbul Belediyesine hasrederken, «*yolun belediyenin vazife ve sorumluluğu altında inşa olunduğu*» mucip sebebine dayanmakla, bu bapta mes'uliyetin ve tazmin vecibesinin, bayındırlık işlerinin nam ve hesabına yapıldığı âmme hükmi şahsına râci bulunduğunu kabul etmiştir. Bu hal sureti İdarenin bu konudaki sorumluluğu hakkında benimsenen esasla hemahenk değildir.

Şöyle ki, İdarenin bu sahadaki mes'uliyeti, bayındırlık işinin hatalı veya yersiz yapılmış olmasından değil, sırf nafia eser veya tesisinin mahiyet ve mevcudiyetinden münbais zararların kusur dışında tazmini mükellefiyetidir. Böyle olunca, tazminat borcunun, bayındırlık işlerini yapan veya yaptırandan ziyade, eser veya tesisin sahibine yükletilmesi mantıkan ve hukukan zaruridir. Gerçi nafia ameliyesini icra eden veya ettiren âmme hükmi şahsı, çok defa eserin veya tesisin sahibidir ve dolayısıyla sorumluluk ona tahmil edilmiş olur. Lâkin, Âmme Emlâki rejiminde bir eser veya tesisin sahibi (bililtizam «maliki» demiyoruz), behemehal onun yapım ve onarımı ile mükellef olmayacağı gibi, bunlardan faydalanan kamu tüzel kişisi de olmayabilir. İşte bu kabil ahvalde, devamlı ve anormal zararlardan mes'ul tutulacak idarenin tayin ve tesbiti için «nafia işlerini yapan veya yaptıran hükmi şahıs» kriterinin tatbiki, isabetli ve âdil bir hükme isal etmez. Filhakika yapım ve onarımdaki ihmal ve kusurdan mütevellit arızı ve normal zararlardan, bu işleri yapan veya nam ve hesabına yaptıran âmme tüzel kişi sorumlu olmalıdır.

Nafia eser veya tesisini kullanan İdare, ekseriya olduğu gibi, aynı zamanda yapım ve onarım ile yükümlü ise, bu nevi zararları tazmin etmesi tabiidir. Şayet eser veya tesisten faydalanan hükmi şahıs, bunun ne sahibi ne de onarımından mes'ul ise; bu takdirde sadece işletilmesinden veya faaliyetinden doğan zararları karşılamak mevkiindedir. Bu itibarla, âmme emlâkinin komşu gayrimenkullere iras ettiği devamlı, anormal ve ferdi zararlardan ancak ve münhasıran bunun sahibi durumunda olan İdare sorumlu tutulabilir (bak. de Laubadère. p. 500; Waline, p. 701-702; Rivero, p. 233; Vedel, p. 265).

Bu bakımdan, Danıştay'ın 16.2.1962 tarihli kararında denildiği gibi, «Belde hudutları içinde bulunan cadde ve sokakların inşa, tevsi ve tâdili kanunen Belediyelere verilmiş vazifelerden» olmasına rağmen, bu yolların mücerret varlık ve niteliğinden doğan sürekli, olağanüstü ve özel zararların mutlaka Belediye hükmi şahsına

ödettirilmesi icap etmez. Çünkü bu çeşit zararlar, cadde veya sokağın yapılışında veya değiştirilmesinde İdarenin kusurlu hareket etmiş olmasından değil objektif sorumluluğuna binaen tazmin ettirmektedir ve belde sınırları içindeki tekmil yolların sahibi Belediye olmayabilir. Nitekim şehir ve kasabalar içinden geçen demiryolları, bu adı taşıyan diğer bir İdare tüzel kişisinin istimaline terkedilmiş Devlet âmme emlakı olup, bunların belediyelere bir nisbeti yoktur. Bunun gibi, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün inşa, tamir ve tâdil ettiği Devlet yollarının belde hudutları dahilindeki kısımları, pekâlâ belediyelere ait olmayabilir ve sade mahalli idareler bunların bakım ve muhafazası ile görevlendirilebilir. Hâdisemizde dâvacı *Budo*, belki de binasının bulunduğu Ordu caddesinin, «Londra asfaltı» namıyla maruf 1 numaralı Devlet yolunun İstanbul Belediyesi sınırları içinde temadî eden bir parçası olarak sayılması ihtimaline binaen, husumeti Karayolları Umum Müdürlüğüne de tevcih etmeği ihtiyatlı bulmuştur. Mamafih bu halde, karayollarının sahibinin esas itibariyle, Devlet olduğu ve sadece yapım ve bakım işlerinin Genel Müdürlüğe tevdi edilmiş bulunduğu kabul edilirse, devamlı ve anormal zararların tazmini talebiyle açılan dâvada Karayolları Genel Müdürlüğü yerine Devleti temsilen Maliye Bakanlığının hasım gösterilmesi lâzım geldiği düşünülebilir.

Muhakkak olan cihet şudur ki, hâdisemizde, İstanbul Belediyesi, Ordu caddesi seviyesinin yükseltilmiş olması neticesinde *Budo*'nun binasında hasıl olan zarardan, ancak bu yolun sahibi sıfatıyla mes'ul tutulabileceğinden; bu İdarenin nafia eserinin yeniden inşa ve tanzimi işinde kanunen vazifeli bulunması Karayolları Genel Müdürlüğü'nün ona teknik yardım salgıması olması bakımlarından bu âmme hükmi şahıslarına sorumluluk ve husumet tevcihi hukukan doğru ve yerinde sayılamaz.

Bu son mülâhazalar nazarı itibare alınmak kaydıyla, Danıştay D.D.G.K. nun 16.2.1962 tarihli *Budo* kararı, Türk İdare Hukukuna çok kıymetli ve önemli yeni içtihadî kaideler getirdiğinden; takdir ve tasvip edilmek lâzımdır.