

**İMAR PLANLAMASINDA
“GÜRÜLTÜDEN KORUMA GARANTİSİ”NE İLİŞKİN
ALMAN FEDERAL İDARE MAHKEMESİNİN BİR KARARI***

No. 26

*Yrd.Doç.Dr. Oğuz SANCAKDAR**

Bir idari işlemin yükümlendirici yan hükümleri aleyhine iptal davası açılmıştır. Bu davanın yan hükmün münferit bir şekilde kaldırılmasını sağlayıp sağlayamayacağı, münferit bir iptal edilebilirlik açıkça baştan itibaren dikkate alındığı takdirde, iptal isteminin gerekçeliliği sorundur, yoksa caizliği sorunu değil.

Plan tespit hukukunda bir mükellefiyet kaydı sadece, bu kayıt İdari Usul Yasasının 74. Paragrafının 3. Fıkrasındaki koşulları sağladığı takdirde caizdir.

Plan tespit kararı sırasında, zararlı etkiler, ne İdari Usul Yasasının 74. Paragrafının 2. fıkrasının 2 ve 3. cümlelerine göre bir düzenleme için yeterli güvenilirlikle öngörülebiliyor ne de İdari Usul Yasasının 75. Paragrafının 2. Fıkrasının 2 ila 4.cümlelerine göre öngörülemeyen etkilerin alanına sokulabiliyorsa, ancak o zaman İdari Usul Yasasının 74. Paragrafının 3. Fıkrası gereğince daha sonra yapılacak bir inceleme ve kararın dengelenmesi sorunu saklı kalır. Özel ipuçlarına istinaden, zararlı etkilerin yakın zamanda ortaya çıkması; ama boyutlarının henüz tam olarak tahmin edilememesi şeklindeki somut olanak belirginleştiğinde, bu koşullar mevcuttur.

* Karar metni için bkz. Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BverwGE), Band 112, Heft 3, Berlin 20001, sh.221-227.

* Çev. Yrd. Doç.Dr. Oğuz **Sancakdar**, DEÜ Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Buna uygun olarak her tahmine (burada: gelecekteki trafik gelişimi) mündemiç olan belirsizlik (“tahmin riski”) bir masraf kaydı ile giderilemez.

İdari Yargılama Yasası §§ 42, 113/I; İdari Usûl Yasası § 36/II bent 5, §74/III, § 75/II cümle 2; AEG § 18/I 11.

Senatonun 22 Kasım 2000 tarihli Kararı - Federal İdare Mahkemesi 11 C 2.00 Koblenz I. Üst İdare Mahkemesi

Davacı, demiryolu hükümleriyle ilgili bir plan tespit kararında yer alan bir yan hükmüne karşı çıkmıştır.

Plan tespitinin konusu, esas olarak hatların iyileştirilmesi ve yeniden inşası, yani sollama raylarının uzatılması amaçlarıyla ray yerinin değiştirilmesidir. Öngörülen değişiklikler, tren hızlarının ve sayılarının artmasını mümkün kılmaktadır, ki bu değişiklikler gürültünün olumsuz etkilerinin izlendiği yerlerin büyük kısmında yapılan ses tekniği incelemelerinin sonucuna göre, gündüzleri 4,8 desibel (A) geceleri de 1,5 desibellik (A) bir gürültü artışına yol açacaktır. Aktif gürültüden korunma önlemi olarak ses koruma duvarının inşası öngörülmüştür. Buna ilave olarak plan tespit kararı, pasif olarak gürültüden koruma amaçlı düzenlemeler ve bir tazminat düzenlemesi de içermektedir. Bundan başka Demiryolları Federal İdaresi şunu emretmiştir (fıkra A 2.9, son kısım):

“Güzergâhların kullanımına göre, olumsuz çevre etkilerinin sınır değerlerine uymanın güvence altına alınması için, haklı şüpheler söz konusu olduğunda sonraki hesapların plan uygulayıcının uhdesine düşeceği ve bu kontrol önlemleri gereğince zorunlu olan gürültüden korumaya ilişkin düzeltmelerin plan uygulayıcı tarafından yapılması gerektiği tespit edilmiştir.”

Üst İdare Mahkemesi davayı temyiz yargılamasında halen tartışmalı olan yan hükümle ilgili olarak reddetmiştir.

Ana dilekçe olarak sunulmuş olan iptal dilekçesinin kabul edilmediği, çünkü gürültüden korumaya yönelik düzenlemelerde münferit olarak iptal edilebilen masrafların değil, gürültü problemine ilişkin bütün olarak değerlendirilmesi gereken toplu bir düzenlemenin kısımlarının söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Mahkemeye göre, yükümlülük altına sokma istemi ama caizdir. *Ta ki* ses koruma garantisini aştığı sürece, dava gerekçelen-dirilememiştir. Bu yan hüküm öncelikli bir hakla karşılaştırılabilir. İlgili ses

koruma kuralının diğer tamamlama kaydı ile bağlantılı olarak bir mükellefiyet söz konusudur. İçerik olarak, davacının “haklı şüpheler” nedeniyle oluşan sonraki hesapların yüküne katlanmak zorunda olduğu tespit edilmiştir. Bunun üzerine davacı bu sebeple gürültü korumasının sonradan zorunlu hale gelen düzeltmelerinin yapılmasıyla yükümlendirilmiştir. Somut koruma tedbirlerinin belirlenmesini davalı saklı tutmaktadır. Bu yan hüküm yeterince belirlidir ve plan tespit idaresine tanınan planlama takdirinin yasal sınırları içinde kalmaktadır.

Davacının temyiz istemi kabul gördü.

Bu gerekçelerle :

Mahkemenin temyiz yargılamasında halen tartışmalı olan yan hükmün iptali davasını caiz bulmayarak reddettiği takdirde, bozulan karar Federal Hukukun ihlâline dayanmaktadır(1). Esas dilekçede istenen netice-i talebin reddi başka sebeplerle de doğru değildir. Tersine, dava, bozulan kararda karşılaşılan gerçek tespitlerin temelinde bu bakımdan kabul edilmelidir(2).

1. Üst İdare Mahkemesi esas dilekçeyle takip edilen iptal davasını sadece plan tespit kararının son fıkrasının A 2.9 noktasındaki halen tartışmalı olan “ses koruma garantisi” açısından caiz bulmayarak reddetmiştir, çünkü bu münferit düzenleme müstakil olarak itiraz edilebilecek bir mükellefiyet değil, tersine planlamayla ortaya atılan gürültü probleminin bütün olarak değerlendirilmesi gereken toplu düzenlemesinin sadece bir kısmıdır. Bu anlayış Federal Hukuku ihlâl eder. Bu arada Federal İdare Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına göre, bir idari işlemin yükümlendirici yan hükümlerine karşı iptal davası açılmıştır (krş. Federal İdare Mahkemesi 60, 269 [274]). Bu özellikle yararlandırıcı bir idari işleme eklenmiş olan yükümlülükler veya yükümlülük kayıtları için geçerlidir. -Burada olduğu gibi- böyle bir yan hükmün yasa da temelini olmadığı ileri sürülürse, yan hükmün iptaline ilişkin dava ile bu iddia edilebilir. Bu davanın yan hükmün soyut bir şekilde kaldırılmasını sağlayıp sağlayamayacağı, yararlandırıcı idari işlemin bu yan hüküm olmaksızın mantıklı ve hukuka uygun bir şekilde mevcudiyetini koruyup koruyamayacağına bağlıdır; bu, soyut bir iptal edilebilirlik açıkça baştan itibaren dikkate alındığı takdirde, iptal isteminin gerekçelendirilebilirliğine ilişkin bir sorundur yoksa istemin uygunluğuna ilişkin bir sorun değildir. (krş. Federal İdare Mahkemesi 81,185 [186]; 17 Şubat 1984 tarihli Federal İdare Mahkemesi Kararı 4 C 70. 80-Buchholz 310 § 113 İdari

Yargılama Usulü Kanunu Nr. 137 s. 29 vd; 17 Temmuz 1995 tarihli Federal İdare Mahkemesi kararı - Buchholz 451.20 § 33i Sanatlar Kanunu Nr. 19, s.5 vd.) Böyle bir istisnai durum burada yoktur.

2. Dava anılan yan hükmün kaldırılmasına yönelik esas dilekçeyle aynı zamanda gerekçelendirilmiştir. Davalı davacı karşısında plan tespit kararına bu yan hükmü eklemeye yetkili değildir. Daha ziyade bunun tazminatsız olarak iptali, hukuki duruma uygundur.

İptal edilen yan hükümde Plan Tespit İdaresi, davacıya gürültüden koruma açısından sonradan düzeltme yapma yükümlülüğünü yükleme imkânını saklı tutmuştur; eğer “haklı şüphe” nedeniyle oluşan sonraki hesaplar bu gibi düzeltmeleri zorunlu kılar. Kapsamlı problem çözümünün orada geçerli olan ilkeleri nedeniyle plan tespit hukukunda böyle bir mükellefiyet kaydı, sadece İdari Usul Yasasının 74. paragrafının 3. fıkrasındaki koşulları taşıması halinde kabul edilebilir. Bu kural yasakoyucu davacı tarafından ortaya atılan sorunun, plan tespit kararının bağlayıcı olup olmadığı üzerine gerekli tedbirleri alma zorunluluğu konusunu cevaplamış, ancak bu konuda diğer münferit sorunlar değişik düzenlemelere ilişkin konular konusunda kesin bir kural olmadığı sürece saklı kalabilecektir. Bir mükellefiyet kaydının -da- kabule şayanlığı hakkındaki bu özel düzenleme İdari Usul Yasasının 27. Paragrafının 1. Fıkrasına göre Üst İdare Mahkemesince davacının tali dilekçesinin incelenmesi esnasında girilen İdari Usul Yasasının 36. Paragrafının 2. Fıkrasının 5. Bendine müracaatı kabul etmez (krş Bonk in: Stelkens/ Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Bası “1998, § 74 kenar no: 109).

Bozulan hükümde yer alan fiili tespitlerin temelinde İdari Usul Yasasının 74. Paragrafının 3. Fıkrasındaki koşullar, sözü edilen mükellefiyet kaydı için mevcut değildi. Üst İdare Mahkemesi bu kaydı, yer itibariyle sadece, planla tespit edilmiş inşaat önlemlerinin trafik yolundaki esaslı değişiklik olarak etki gösterdiği alanları ilgilendirdiği ve saklı tutulan düzeltme mükellefiyetlerinin koruma seviyesinde olacağı ve içerik olarak BlmSchG §§ 41 vd. hükümlerindeki düzenlemeleri de aşamayacağı şeklinde yorumladı. Bu yorum temyiz hukuku açısından kusurlu bulunamaz.

Üst İdare Mahkemesinin görüşüne karşın, planlama (planerisch) takdiriyle “gürültüden koruma garantisi”nin düzenlenmesinin, BlmSchG § 41/I'e in emredici olarak öngördüğü gürültüden koruma seviyesinin aşılmasını haklı göstermesi yasaktır. Planlama İdaresi anılan hükümlerin gürültüden

koruma seviyesini esas aldığı zaman, bunu aşan bir düzenleme BImSchG §§ 41 vd. hükümleriyle bağlantılı olarak İdari Usul Yasasının § 74/II cümle 2 ve 3 hükümlerine göre plan tespit kararı zamanında davacı karşısında haklı değildi. Çünkü bu hükümlere göre bir düzenlemeyi Planlama İdaresi ancak, ortaya çıkacağı karar zamanında malum olan ya da tahmin edilebilen zedelenmeleri telafi etmek amacıyla yapabilir (krş. 14 Mayıs 1992 tarihli karar-Federal İdare Mahkemesi 4 C 9.89-Buchholz 407.4 § 17 FStrG No: 88 S. 84). “Gürültüden korunma garantisi” ile Planlama İdaresi, bu anlamda beklenmesi gereken zedelenmelere karşı koymak istememişti. Onun amacı daha ziyade -davalı temsilcisinin sözlü duruşmada senato önünde kabul ettiği gibi- trafiğin gelişimine genel olarak bağlı olan emniyetsizliği dikkate almaktı. Demiryolu altyapısına girişin liberalleşmesi sonucu özellikle daha güçlü bir mal dolaşımının “düşünülebilir” olduğu üstünde durulmuştur. Bu hedefle İdari Usul Yasası § 74/III’e göre karar kaydı (ihtirazi kaydı) kabul edilemez. Olayların tahmin edildiğinden daha farklı gerçekleşebileceği yolundaki tahmin riski bir kesin kararın imkânsızlığı hali değildir.

Plan Tespit İdaresi hedefinin, ancak daha sonra ortaya çıkan ve ortaya çıkması plan tespit kararı zamanında henüz hiçbir şekilde mümkün gözükmediği için katılımcıların makul surette tahmin edemeyeceği böyle zararlı sonuçlarını hesaba katabilir ve katmalıdır da (krş. Federal İdare Mahkemesi 80, 7 [13]; 14 Mayıs 1992 tarihli kararlar, S.85 ve 23 Nisan 1997 tarihli Federal İdare Mahkemesi Kararı 11 A 17.96- Buchholz 316 § 75 İdari Usul Kanunu Nr. 13 s.7). Böylesi öngörülemeyen etkilere karşı koruma için bundan etkilenenler, onlara İdari Usul Yasası § 75/II cümle 2-4’ün tanıdığı taleplere yöneltilmelidir. Gelecekte ortaya çıkması teorik olarak akla gelebilse de özel ipuçlarını olmaması nedeniyle henüz somut olarak kestirilemeyen zararlı etkile de buna dahildir. Çünkü makul olarak sadece, ortaya çıkması sadece soyut olarak değil, tersine somut olanak tarzında belirmiş olan bu gibi etkiler tahmin edilebilir. Aksi takdirde İdari Usul Yasası § 75/II cümle 2-4’ün uygulanması için pratikte hiçbir zemin kalmazdı.

Sadece plan tespit kararı zamanında zararlı etkiler ne İdari İşem Yasası § 74 /Iı cümle 2 ve 3’e göre bir düzenleme için yeterince güvenilirlikle öngörülebiliyor ne de İdari Usul Yasası § 75/II cümle 2-4’e göre öngörülemeyen etkilerin alanına sokulabiliyorsa, İdari Usul Yasası §74/ III gereğince sonradan tamamlanan bir inceleme ve kararın dengelenmesi sorusu saklı kalabilir (krş. 11 Kasım 1988 tarihli kararlar, Federal İdare Mahkemesi 4 C 11.87 - Buchholz 316 § 74 İdari Usul Kanunu Nr.6 s.9 ve 14 Mayıs 1992,

s.84 vd.). Özel ipuçlarına dayanarak, zararlı etkilerin yakın zamanda ortaya çıkacağı; ama kapsamının henüz tahmin edilemediğine ilişkin somut olarak belirginleşmişse, bu koşullar, İdari Usul Yasası § 74/III 2. Yarı cümlenin de gösterdiği gibi, mevcuttur. Genel olarak her tahminin bünyesinde barındırdığı, sonraki gelişmelerin tahminden sapabileceği riski bunu için yeterli değildir. İdarenin bir takdir sahası için de bu bakımdan hiçbir şey belli değildir (krş. 11 Kasım 1988 tarihli kararlar). Tersine bir hadisenin anılan üç alandan birine sokulması sınırsız yargısal denetime tâbidir.

Bu denetim söz konusu olayda şu sonuca götürmüştür: Davalı tarafından söz konusu mükellefiyet kaydını gerekçelendirmek için başvuru gürültü tahminine temel olan hareket noktası parametresinin emniyetsizliği, İdari Usul Yasası § 75/II cümle 2'ye göre hedefin teorik olarak düşünülebileceği de öngörülemez etkileri alanına sokulmalıdır.