

## 6306 SAYILI YASAYA İLİŞKİN GÜNCEL UYGULAMA

### HATALARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

(THOUGHTS REGARDING CURRENT APPLICATION

FAULTS OF LAW NO 6306)

Prof. Dr. E. Saba ÖZMEN<sup>1</sup>

Stj. Av. Nazlı OSMANAĞAOĞLU

**ÖZET:** “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun” başlığı ile 28309 sayılı resmi gazetede 31.05.2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren ve kısaca halk arasında “Kentsel Dönüşüm Yasası” olarak ifade edilen yasanın emredici hükümleri karşısında idari mercilerin hukuka aykırı olarak yasayı uygulamamaları eleştiri konusudur. Bu makalenin yazılma amacı 6306 sayılı yasanın ilgili hüküm ve ilkelerini kısaca açıklayarak, idari mercilerin bağlı yetkilerine rağmen yasaya karşı takındığı tutuma dayalı olarak hangi hukuki sonuçlara tabi olacakları ve oluşacak bir depremde doğacak zararlardan idarenin tazmin yükümlülüğü sonucu görevi yerine getirmeyen memurlara rücu yetkisi konusunda ciddi uyarılar yapmak ve olması lazım gelen (de lege feranda) açısından yasanın iyi uygulamasına yönelik öneriler getirmektir.

**Anahtar kelimeler:** Dönüşüm, afet, riskli yapı ve alan, memurun sorumluluğu, idarenin tazmin yükümlülüğü, yapı malikinin sorumluluğu ve idarenin sorumluluğunun yarışması, tazminatı ödeyen yapı maliklerinin idareye ve idarenin memurlarına rücu sorunu

**ABSTRACT:** The illegal application of the law which was enacted on the official gazette of May 31<sup>st</sup> 2012 number 28309 with the name “Law on the Conversion of the Areas under the Risk of Catastrophe” which is colloquially called “Urban Transformation Law” by the governmental bodies through the breach of mandatory provisions are being subject to criticism. The purpose of this article is to briefly explain the relevant provisions and principles of the Law 6306, to set forth the legal consequences to which the governmental bodies will be subject as a result of their behavior against the law and to seriously warn their officers regarding the authority of the governmental body to have a recourse against such officers concerning damages arising from an earthquake and finally bring suggestions for a better application of the law regarding de lege feranda.

---

<sup>1</sup> Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Misafir Öğretim Üyesi

**Keywords:** Transformation, catastrophe, compromised building and zone, liability of officers, the obligation of the government to indemnify, liability of building owner and the relation to the liability of the government, the problem of the right of recourse exercised by the building owners to government and the government to the officers.

## I- GENEL OLARAK KONUNUN SUNUMU

“Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun” başlığı ile 28309 sayılı resmi gazetede 31.05.2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren ve kısaca halk arasında “Kentsel Dönüşüm Yasası” olarak ifade edilen yasa hükümleri çok kısa sürede çeşitli spekülasyonlara konu olmuş ve Anayasa Mahkemesi’nin 27.02.2014 tarihli verdiği bazı hükümlerin iptaline ilişkin kararlar<sup>2</sup> değişik boyutlara taşınmıştır. Ancak bu konuda bazı idari mercilerde takınılan tutum gerçekten de bir hukukçuyu şaşırtacak uygulamalara vücut vermeye başlamıştır. Yasanın yürürlükte olduğu müddetçe idari mercilerin “bağlı yetki” niteliği tartışılmaz iken; bu mercilerin iktidar partisine muhalefet etmeyi görev edinmiş gibi yasanın uygulamasını ortadan kaldırıcı şekilde pasif kalma yani işlem yapmama yolunda tutum ve davranışları gerçekten de hukuk devleti olmaktan hızla uzaklaştığımız iddialarını pekiştirici niteliktedir.

Daha önce konu ile ilgili yazdığımız makalelerde de öne sürdüğümüz gibi hukuk biliminden uzak ve hukukçu emeğinden yararlanılmadığına inandığımız teknik hatalarla dolu olan söz konusu yasanın, yine tekrar etmek gerekirse esasen özünde doğru ve yerinde bir düzenleme olduğunu şiddetle savunuyoruz. Çünkü bu yasanın, özünde bilimsel verilere göre kaçınılmaz olan depremin öncesinde, yapı sicili bozuk ülkemiz açısından, hafızalarımızda taptaze acılarıyla bizi yas ve üzüntüye boğan 1999 depreminde alınması gereken dersler sonucu can, beden ve malvarlığı kayıplarımızın artık yaşanmaması için çıkarıldığı düşüncesinden uzaklaşmamak gerekir.

Bu konuda muhalefet çevrelerinin bu yasanın, iktidar partisi düşüncesi paralelinde yasallaştığı ve altında rant yattığı iddialarına karşılık ise şunları söyleyebiliriz: Bir yasanın bağımsız bir varlık kazanarak kanun koyucunun iradesinden çıkıp, yürürlüğe girmesinden sonra artık tarihsel yorum metoduyla değil de toplumun ihtiyaçlarına dayalı yorumlanması gerekeceği hukuk fakültesi 1. sınıf bilgileri arasında yer almaktadır. Ayrıca bu yasanın hiçbir ifadesinde deyimsel (lafzi) yorum olarak rant iddiasını pekiştirecek bir hüküm görmediğimizi de belirtmek isteriz. Kaldı ki; eğer gerçekten

---

<sup>2</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 27.02.2014 tarihli 2012/87 E., 2014/5 K. sayılı kararı: “16.5.2012 günlü, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’un; A- 1- 6. maddesinin (9) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi, 2- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile (2) numaralı fıkrası, 27.2.2014 günlü, E.2012/87, K.2014/41 sayılı kararlarla iptal edildiğinden, bu fıkra ve cümlelerin, uygulanmalarından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete’de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA,...” şeklindedir.

yasa ranta yönelik bir gaye taşıyor olsa bile bu tür bir iradeye gem vuracak olan da pek tabii ki yargı makamları olacaktır. Ayrıca çevremizde, bu yasa sayesinde komşuluk ilişkilerini örselemeden, kat malikleri birliğinin oybirliği ile alınan kararlarla, hak sahiplerinin başarılı sonuçlar elde ettiği, yapı güvenliği taşıyan yeni konutlara taşındığı gözlemlenmektedir. Böylece Jhering'in "*Ben bir ülkede yasaların iyi olup olmadığına bakmam, iyi uygulanıp uygulanmadığına bakarım*" sözünün ne denli haklı olduğu da ortaya çıkmaktadır.

Bu makalenin yazılma amacı idari mercilerin yasaya karşı takındığı tutuma bağlı olarak hangi hukuki sonuçlara tabi olacakları konusunda ciddi uyarılar yaparak olması gereken (de lege feranda) açısından yasanın iyi uygulanmasına dair öneriler getirmektir. Bu kapsamda yukarıda da belirttiğimiz üzere yasa özünde doğru hükümlere yer verse de yasada hüküm bulunması yeterli değildir, zira bu hükümlerin ve müeyyidelerinin teşkilatlanmış otorite devleti tarafından anında ve etkin uygulanmaması halinde ortada tam bir hukuk devletinden söz edilemeyeceği açıktır. Olumsuz örneklerine bakılarak denebilir ki; ileride gerçekleşecek bir depremde, yine bir günah keçisi bulunarak bu yasanın uygulanmasını aşağıda vereceğimiz örneklerle bağlı olarak sağlamayan idare ihmallerinin müeyyidesiz kalması sonucuna katlanmak gerekecektir. Öyle ya; 1999 depreminin tek sorumlusu soyadı ile müsemma yüklenici faaliyetini icra etme gafletinde bulunan Veli Göçer; Pamukova tren kazasının da tek sorumlusu makinisttir.

## **II-6306 SAYILI YASANIN İLKELERİ BAKIMINDAN UYGULAMA HATALARI**

### **A) Yasa, Kamu Düzenine İlişkin Emredici Hükümler Getirmektedir.**

Mülkiyet hakkının eşya hukuku ilkeleri açısından mutlak ve inhisarı yetkiler içerdiği öne sürülse de, Anayasa'nın 35. Maddesi'nin "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz*" ifadesi gereği bu yetki sınırsız değildir. Hiçbir hak toplum menfaatine aykırı kullanılmayacağı için mülkiyet hakkının da gerek kamu hukuku alanında gerekse özel hukuk alanında getirilen emredici hükümlerle sınırlandırıldığını görüyoruz. Bu sonuç özellikle araştırma konumuz bakımından hiçbir tartışmaya yer vermemektedir.

1999 depreminin, deprem kuşağında yer alan ülkemiz açısından olası bir depremde, depreme maruz kalan kişilerin can, mal ve beden varlıklarının zarar görmesinin yanında ekonomik sarsıntıya neden olmak bakımından da yeterli örnek oluşturduğu açıktır. Bu maddi ve manevi yıkımların tekrar yaşanmaması adına, yasa koyucu yerinde bir düzenlemeye vücut vererek 6306 sayılı yasayı, Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan ilkeleri de göz önüne alarak, taşınmaz mülkiyetinin kamu hukukundan doğan sınırlaması olarak, 31.05.2012 tarihinde resmi gazetede yayımlamakla yürürlüğe koymuş bulunmaktadır. Yapı güvenliği açısından sicili olumsuz Türkiye ölçeğinde, muhalefet

söylemlerine konu edilerek yasaya yönelik eleştiriler getirilmesine hiçbir şekilde katılmadığımızı tekrar belirtmek isteriz. Bu konuda karşı tez oluşturma konusunda ısrarlı olan kişilere de 1999 depremi görüntülerini hatırlatmakla yetiniriz.

Bu niteleme ile 6306 sayılı yasa, “*Bu Kanunun amacı; afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir.*” hükmünü getirmiştir. Düzenleme amacı (ratio legis) gereği bu yasa özel hukuk kişilerine ait taşınmazlarda tek başına malik olanların veya birlikte mülkiyet konusu olması halinde paydaşların Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 688 ve devamı hükümlerince sahip oldukları tasarruf ve irade özgürlüğüne dayalı yetkilerini kısıtlamış bulunmaktadır. TMK m. 731/I fıkrasının aşağıda açıklayacağımız hükmü özel hukuk alanında da tartışmaya yer bırakmamaktadır.

Birlikte mülkiyet ilişkilerinde, oybirliği ile alınması zorunlu kararlar karşısında, bir kişinin dahi karara karşı çıkması durumunda geride kalan tüm hak sahiplerinin çözümsüzlüğe kurban edildiği mevcut düzenlemelerin konumuzu oluşturan yasa ile bertaraf edilmiş olması doğru bir çözüme vücut vermiştir. Tek başına malik olma durumunda getirilen kısıtlamalar açısından ise malikin tasarruf yetkisinin niçin kısıtlanmış olduğu sorusunun cevabı basittir. Kendi kaderini tayin dışında, taşınmazın zilyedi olan kiracıların can, beden ve malvarlığının önemi bir yana, yıkımı ile komşu taşınmazlara vereceği zararlar ve ayrıca ekonomi ve bütçe açısından getireceği yükün de göz ardı edilemeyeceği açıktır.

### **B) Yasa İdari Merciler Açısından Bağlı Yetkiler Getirmektedir.**

6306 sayılı yasanın 2/I-b maddesinde idare “*İdare: Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeleri, bu sınırlar dışında il özel idarelerini, büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerini ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu yasanın ilgi çekici bir özelliği, yasada yer alan bazı yetkilerin dağılımında idare hukuku ilkelerine istisna oluşturacak şekilde hiyerarşik bir kademelendirmenin yapılmamış olması ve aynı zamanda yetkilendirme şeklinde düzenleme yapılmış olmasıdır. Örneğin yasada riskli yapıların idarece yıkılması hususunda Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile Belediye/Valilik aynı anda yetkili gözükmektedir. Maalesef bu konuda başarısız yönetmelik örnekleri ve hâlihazırda hazırlıkları süren 4. Yönetmelik ile de idareler arasındaki koordinasyona ilişkin akılcı çözümlere vücut verecek başarılı hükümler düzenlenemediği görülmektedir.

Sonuç olarak yasanın hükümleri incelendiğinde, kamu düzenine ilişkin emredici boyutu ile getirilen kurallar sonucu idareye yüklenen görevler konusunda idarenin hiçbir şekilde takdir yetkisi bulunmayıp, bağlı yetkisi bulunduğu açıktır. Kanun belirli bir durumda idarenin belirli bir karar almasını emrediyorsa ortada “bağlı yetki (compétence liée)” vardır. Diğer bir ifadeyle idare, bağlı yetkisinin olduğu durumlarda alınabilecek muhtemel kararlar arasında seçme imkânına sahip değildir; idarenin yapacağı tek şey, kanunun öngördüğü kararı almaktan ibarettir.<sup>3</sup> Hemen belirtelim ki; aşağıda irdeleneceğimiz gibi koşulları oluştuğunda kanunda belirtilen kararların alınmaması suretiyle idarece görevlerin yerine getirilmemesi durumunda, ilgililer Türk Ceza Kanunu’nda yer alan hükümler çerçevesinde suç işlemiş olacaklardır. Ayrıca susma yoluyla da reddedilen işlemin iptali ve ortaya çıkacak zararların tazmini konusuna da aşağıda yer vereceğiz.

### **C) Yasa Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamasını Oluşturmaktadır.**

Eşya Hukukunun düzenleme konusu içinde yer alan ve temelini Anayasa’dan alan TMK 731. maddesinin I. fıkrasının “*Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur*” şeklindeki hükmünün emredici boyutu sonucu özel hukuk kişilerine ait taşınmazlar açısından kanun ile getirilen bu kısıtlamalar tescil edilmeksizin geçerli olacak ve hiç kimse bu kısıtlamaları bilmediğini öne süremeyecektir. Örneğin henüz tapunun açıklayıcı nitelikte olan beyanlar hanesine “riskli yapı” ifadesinin yazımı yapılmamışken (mesela bu yazımın yapıldığı tarihten 1 gün önce) içindeki tüm pahalı malzemeyle (lüks mutfak dolapları, değerli mermer ve laminant parke yer döşemeleri ve çok değerli alçıpanlarla tavan süslemeleri) tefrişe konu edilmiş kat mülkiyetine konu bağımsız bölümün mülkiyetini yüklüce bir satış bedeli ödeyerek edinen kişi; , riskli yapı kararının kesinleşmesi üzerine bu masrafların boşa gitmiş olması durumuna katlanmakla yükümlüdür. Bu konuda her ne kadar aldatma (hile) oluşturan davranışlara bağlı borçlar teorisi uyarınca, selefî satıcının riskli yapı kararını bilmesine rağmen susması gerekçesiyle sözleşmeyi iptal ederek ödediği bedelin sebepsiz zenginleşmeye dayalı iadesi ya da bu aldatmanın haksız fiil boyutuyla tazminat talep edebileceği öne sürülebilecekse de; kanaatimizce TMK m. 731/I. fıkra hükmünce bu yöndeki iddialar zayıf kalmaya mahkûmdurlar. Nitekim Türk insanının kazanması gereken bir alışkanlık olarak bağımsız bölümün lüks tefrişinin değil; içinde yer aldığı ana yapının deprem güvenliğinin araştırılması gerekliliği de ancak bu yolla mümkün olabilecektir.

### **D) Yasa Öncelikle Hak Sahiplerinin Anlaşmasını Esas Kılmaktadır.**

Andığımız emredici kural boyutuna dayalı kısıtlamanın temel ilkesi deprem güvenliği taşımayan yapının yıkımının sağlanmasıdır. Bu konuda kamu düzeni gereği, anılan yasa hükümleri dikkatle irdelendiğinde, amaç yıkımın sağlanmasıdır. Gerek yıkımın sağlanması sürecinde gerekse

<sup>3</sup> Gözler, Kemal - İdare Hukuku Cilt I, 2. Baskı, Bursa 2009, s. 939

sonrasında yasa çok bilinçli bir tercihle “birlikte mülkiyet” durumunda (paylı/elbirliği) hak sahiplerinin anlaşmasını esas almıştır.

Dikkat edilirse yasa hükümleri yıkım anına kadar emredici boyutu ile bağlı yetkiyi hissettirmektedir. Yıkım sonrası TMK m. 704 hükmüne yalnızca arazi mülkiyeti söz konusu olacağından taşınmazda öncelikle tarafların irade özgürlüğüne dayalı çözümlere olanak tanınmakta; bu mümkün olmadığı takdirde idareye tanınan takdir yetkisi ile çeşitli olasılıklar düzenleme konusu yapılmış bulunmaktadır. Örneğin idarenin kamulaştırma yetkisi bulunmaktaysa da yasada kamulaştırma zorunluluğu hükme bağlanmamıştır. Bu genel ilke 6306 sayılı yasanın 5. maddesinde “*Riskli yapıların yıktırılmasında ve bunların bulunduğu alanlar ile riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarındaki uygulamalarda, öncelikli olarak malikler ile anlaşma yoluna gidilmesi esastır*” ifadesi ile anılmıştır. Ancak anlaşmanın sağlanamaması olasılığında da, Medeni Kanunumuzun eşya hukuku ilkeleri açısından oybirliğinin zorunlu olması ilkesini örselememek için doğru bir yaklaşım olarak belirli bir çoğunlukla (2/3) karar alınması sonrasında yasanın öngördüğü şekilde hareket edilerek oybirliğinin sağlanması ilkesi benimsenmiştir. Hukuki niteliğini belirtmek gerekirse, 6306 sayılı yasa ile kanundan doğan bir alım hakkına vücut verilmiş bulunmaktadır.

Anılan yasanın 6. maddesinin I. fıkrası “...*Bu parsellerin malikleri tarafından değerlendirilmesi esastır. Bu çerçevede, parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir. Bu karara katılmayanların bağımsız bölümlerine ilişkin arsa payları, Bakanlıkça rayiç değeri tespit ettirilerek bu değerden az olmamak üzere anlaşma sağlayan diğer paydaşlara açık arttırma usulü ile satılır...*” şeklinde düzenleme getirerek duruma açıklık kazandırmıştır. Bu konuda arttırmanın niteliği ise cebri arttırma olmayıp, isteğe bağlı (ihtiyari) açık arttırmadır. (Türk Borçlar Kanunu m. 274 vd.)

İşte bu yolda oybirliği sağlansın ya da sağlanmasın anlaşmaya varıldığı için kabulü için yeterli 2/3 çoğunluğun sağlanmasının ardından; kalan 1/3’ü oluşturan hak sahiplerinin paylarının 2/3 çoğunluk tarafından edinilmesi sonucu oybirliği sağlanmış olacak ve hak sahipleri tasarruf ve sözleşmeler açısından irade özgürlüğüne tabi olarak taşınmazlarının yıkımı sonrası tamamen diledikleri gibi tasarruf edebileceklerdir.

**E) Hak Sahiplerinin Anlaşmaması Durumunda İdare Re’sen İşlem Gerçekleştirmekle Yükümlüdür.**

Üst başlıkta andığımız gibi hak sahiplerinin anlaşması esas olmakla beraber bu konuda andığımız oybirliğine ilişkin emredici kural sonucu anlaşmanın sağlanamaması (gerek iradi olarak baştan gerekse 2/3 çoğunluğun azınlığın payını edinmesi sonrasında anlaşmaya varılamaması)

halinde, yıkım öncesi ve sonrasında arsanın hak sahipleri arasında nasıl değerlendirileceğine ilişkin hukuki sonuçlar bakımından idarenin re'sen hareket etme yükümlülüğü mevcuttur.

İlk olarak idare, 2/3 çoğunluğun sağlanması ve fakat azınlık paylarının isteğe bağlı açık arttırma hükümlerince çoğunluğu oluşturan hak sahiplerince edinilmemesi halinde bu payları edinmekle yükümlü kılınmıştır. 6306 sayılı yasanın 6. maddesi I. fıkrası hükmü "...*Bu suretle paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde, bu paylar, Bakanlığın talebi üzerine, tespit edilen rayiç bedeli de Bakanlıkça ödenmek kaydı ile tapuda Hazine adına resen tescil edilir ve yapılan anlaşma çerçevesinde değerlendirilmek üzere Bakanlığa tahsis edilmiş sayılır veya Bakanlıkça uygun görülenler TOKİ'ye veya İdareye devredilir...*" şeklinde ifadesi bu konuda tartışmaya meydan bırakmamaktadır.

TMK m. 692 hükmünün "*Paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi veya paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır*" şeklindeki andığımız oybirliğini gerekli kılan emredici kuralı gereği ve 2/3 çoğunluğu sağlamış hak sahiplerinin korunması gereken hukuki yararı sonucu, çoğunluğun azınlık paylarını edinmek istememeleri veya edinmemeleri durumunda, idare bu konuda Medeni Kanun'unuzun getirdiği sistem bozulmadan bu payları "Kamu Taşınmazları" üst başlığı altında "Özel Mal" olarak hazine malvarlığına katmakla yükümlü kılınmıştır. Ancak idarenin bu tür edinim sonucunda "özel mal" statüsünde bir taşınmaz payı edinmesi halinde, Medeni Kanun hükümlerine tabi bu taşınmaz ile ilgili olarak idarenin taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri idare hukukuna tabi olarak kullanması halinde yaratacağı sıkıntılar gözlemlenerek başarılı bir hükme vücut verilmiştir. Şöyle ki; Yasanın 6. Maddesinin I. fıkrasının "*Bu durumda, paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılır*" şeklindeki son cümlesi gereğince; anılan payları edinmiş olan idare, kanundan doğan eşyaya bağlı borç niteliğinde, 2/3 çoğunluğun aldığı kararlarla ve yaptığı sözleşmelerle bağlıdır ve ileri zamanlarda bu sözleşmenin icrası aşamasında da 2/3'ün aldığı kararlara uymakla yükümlüdür. Meğerki 2/3'ün aldığı kararlar; TMK m. 688/III. Fıkranın "*Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur*" şeklinde hüküm getiren birinci cümlesi gereği, paydaşın pay oranında hak ve yetkilere sahip olmasını gerekli kılan kuralına ve de iyi niyet kurallarına uygun olsun. Hemen belirtelim ki, bu konuda idarenin kendisi dışında 2/3 çoğunluğu oluşturan birlikte malik hak sahiplerinin kendisi aleyhinde aldığı kararları, hiçbir şekilde re'sen gerçekleştireceği işlemlerle engelleyebilmesi mümkün değildir. Bu durumda idare, birlikte malik olarak eşyaya bağlı borç sebebiyle katlanmakla yükümlü olduğu alınan kararların icrasını ancak adli yargı kararıyla hüküm öncesi ihtiyati tedbir ve hüküm sonrası kesinleşmiş ilamlarla engelleyebilecektir.

Diğer olasılık uyarınca ise idare, 2/3 çoğunluğun sağlanamamasına bağlı olarak yıkım kararını alma ve yıkım sonrası ise uygulamada bağlı yetkisine dayalı re'sen işlem gerçekleştirmekle yükümlüdür. Fakat re'sen işlem gerçekleştirmekle yükümlü idareye, bu defa kanunun verdiği seçeneklere dayalı olarak bu gerçekleştireceği işlemi belirleme konusunda takdir yetkisi de tanınmıştır: Yasanın "*Bakanlık; a) Riskli yapılara, rezerv yapı alanlarına ve riskli yapıların bulunduğu taşınmazlara ilişkin her tür harita, plan, proje, arazi ve arsa düzenleme işlemleri ile toplulaştırma yapmaya, b) Bu alanlarda bulunan taşınmazları satın almaya, ön alım hakkını kullanmaya, bağımsız bölümler de dâhil olmak üzere taşınmazları trampaya, taşınmaz mülkiyetini veya imar haklarını başka bir alana aktarmaya, c) Aynı alanlara ilişkin taşınmaz mülkiyetini anlaşma sağlanmak kaydı ile menkul değere dönüştürmeye, ç) Kamu ve özel sektör işbirliğine dayanan usuller uygulamaya, kat veya hasılat karşılığı usulleri de dâhil olmak üzere inşaat yapmaya veya yaptırmaya, arsa paylarını belirlemeye, d) 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundaki esaslara göre paylaştırmaya, payları ayırmaya veya birleştirmeye, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu uyarınca sınırlı ayni hak tesis etmeye, yetkilidir*" şeklinde hüküm getiren 6. maddenin V. fıkrasının gereği olarak İdareye oldukça geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Maddede ayrıntılı olarak sayılan idarenin takdir yetkisi içerisindeki seçenekler kısaca "kamulaştırma, önalım hakkı, trampa (mal değişim), menkul kıymete dönüştürme, arsa payı karşılığı inşaat" işlemleridir.

Ancak kötümser bir tahminle, bu kadar seçenek belirlenmiş olmasına rağmen, bu tür yetkilerin bilinçli olarak kullanılacağı yolundaki beklentilerin boşa çıkacağını söyleyebiliriz. Şöyle ki; Belediye Kanunu'nun, Belediye meclisinin görev ve yetkilerini düzenleyen, m. 18/i bendinin "*Bütçe içi işletme ile Türk Ticaret Kanununa tabi ortaklıklar kurulmasına veya bu ortaklıklardan ayrılmaya, sermaye artışına ve gayrimenkul yatırım ortaklığı kurulmasına karar vermek*" şeklindeki hükmünce Belediyeler gayrimenkul yatırım ortaklığı kurabilecek, bu tür şirketler aracılığı ile projeleri dağınık parselleri birleştirerek toplu yapı inşa etmek üzere gayrimenkul sertifikalarına bağlayabilecek, halka rağmen değil halkla beraber bu tür projelere iradeleri ile katılımı sağlayabilecekken, bunun örneğinin bulunabileceği yolunda iyimser olmadığımızı belirtmek isteriz.

### **III- İDARENİN GÖREVİNİ YAPMAMASINA DAYALI MÜEYYİDELER**

Andığımız özel norm niteliğindeki hüküm ile idareye bağlı yetkiler getiren düzenleme neticesinde gerçek bir müeyyide devletinde görevini yapmayan idareye karşı başvurulacak hukuki yolların mevcut olduğuna kuşku yoktur. Yukarıda belirttiğimiz gibi mevcut müeyyidelerin gerçek bir hukuk devletinde olması gerekenin aksine anında ve etkin olarak uygulanmıyor oluşu ve bunun olumsuz devlet geleneği ile alışkanlık haline getirilmesi tipik bir Türkiye uygulamasıdır ve bunun acı sonuçları da ortadadır. Uygulamada bu yönde geliştirilen "bir şey olmaz" mantığı, idarelerde



yerleşmiş görev ihmallerini sürdürecektir. 1999 depremi sonrası (resmi söylemlere göre) yıkılan 17.000 civarında bina gözlemlendiğinde, bitişiğindeki binaların yıkılmamış olması olgusu mücbir sebep niteliğinin yapılamayacağı acı gerçeğini kanıtlamaktadır. Bu binaların ruhsat ve yapı kullanma izin belgesi işlemlerinde imzası bulunan tüm kişilerin ve bu arada Belediye Başkanı sıfatı ile görev yapanların şu anda dürüst vatandaşların ödediği vergilerle mecliste milletvekilliği görevlerini sürdürememeleri; görevlerini ihmalen ötürü yargılanmaları gerektiği kanaatindeyiz. İşte aşağıda üç başlık altında yasanın hükümlerine rağmen bağlı yetkinin gereğini yerine getirmeyen idareler hakkında başvurulabilecek hukuki yolları, bu bağlı yetkinin kullanılmamış olması sonrasında oluşacak bir depremde idarenin doğacak zararları tazmin yükümlülüğü karşısında bu zararları görevini yerine getirmeyen memurlara rücu yetkisini tartışacağız. Uzmanlık alanımız dâhilinde olmayan İdare Hukukuna ve Ceza Hukukuna ilişkin ilke ve hükümler konusunda ise genel eserlere atıflar yapmakla yetineceğiz<sup>4</sup>.

#### **A) Susma İşlemine Karşı İptal Davası**

İptal davası, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri nedeniyle hukuka aykırı bir idari işlemin idari yargı yerlerince iptal edilmesini sağlayan İdari Yargılama Usulü Kanunu'na düzenlenmiş bir dava türüdür. İptal davası açılabilmesi için öncelikle ortada bir idari işlem bulunmalıdır.<sup>5</sup> Anayasamız, vatandaşların yetkili yerlere yazı ile başvurma hakkına sahip olduklarını, başvuru sonuçlarının da ilgiliye yazılı olarak bildirilmesi kuralını kabul etmiştir. Anayasa'nın bu hükmü karşısında, idarenin cevap vermemesi söz konusu olamaz. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesine göre; *“İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. (I. f.) Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. (II. f.)”* Bu maddede açıkça belirtildiği üzere, idarenin altmış gün içinde cevap vermemesi durumunda, istek reddedilmiş sayılır ve buna “zımni (susma sonucu) ret kararı” denir.

İdare, yalnız işlem yapmakla hukuku çiğnemez; bazen susmakla, gerekli işlemi yapmamakla da, hukuka aykırı davranmış olabilir. Kamu hukukunda yetki, yalnız hukuksal bir olanak değil, aynı zamanda hukuksal bir yükümlülüktür. Özellikle bu durum, bağlı yetki alanında açıkça kendini gösterir. Yükümlülüğünü yerine getirmeyen idare, hukuka aykırı hareket etmiş olur<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut - İdare Hukuku, 5. Bası, Ankara 2012 yılı; Gözler, s. 939, Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Bası, Ankara 2011; Tezcan-Erdem-Önok Ceza Özel Hukuku 10. Bası, Eylül 2013

<sup>5</sup> Gözübüyük / Tan, s. 276-277,

<sup>6</sup> Gözübüyük / Tan, s. 289-290,

6306 sayılı Yasa kapsamında yukarıda ayrıntılı olarak anlatmış olduğumuz idarenin yükümlülüklerini gerçekleştirilmeden, susması zımni ret anlamına gelmektedir. Dolayısıyla idarenin bu işlemine karşı, kişisel hakkı ihlal edilen herkes İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki şartlar dâhilinde süresi içerisinde iptal davası açabileceklerdir. İYUK 7. maddesi ile; “*Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay’da ve idare mahkemelerinde altmış ... gündür.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Yasa ile ilgili somut örnek vermek gerekirse şiddetle eleştirdiğimiz tutum ile riskli yapı kararlarının icrai bakımdan kesinleşmesi (Çevre ve Şehircilik Müdürlüğü’ne itiraz edilmemesi veya itirazın reddedilmiş olması) sonucu verilecek yıkım kararı hiçbir şekilde takdir yetkisine konu değildir. Ancak bu konuda benzer bir örnek olarak senelerdir yürürlükte bulunan İmar Kanunu 39. madde hükmünce “*Yıkılacak derecede tehlikeli yapılara (mail-î inhidam)*” ilişkin yıkım kararlarının belediye encümenlerince neredeyse yok denecek kadar az sayıda verilmekte oluşu bir hukuk devleti ayıbının göstergesidir. Benzer durum 6306 sayılı yasa kapsamında da tekrarlanarak ne hikmetse bağlı yetkilerini göz ardı edebilen ve takdir yetkisi varmış gibi hareket eden bazı Belediye Başkanlarının tutumuyla 6306 sayılı yasa olması gerektiği gibi uygulanmamaktadır. Belediye Başkanlarının bu tutumu ile paylı mülkiyet birliğinde oybirliğine yanaşmayan birkaç kişinin çıkar amaçlı tutum ve davranışlarına (yükleniciden imza atması için ekstra yüklü para isteyenler) ve cahilliklerine (ölürsem hatıralarımla evimde ölmek istiyorum diyenler) dayalı karşı çıkmalarına prim kazandırıyor olması anlaşılır gibi değildir. Oysa korunması gereken menfaat en azından kanun koyucunun belirlediği 2/3 çoğunluğa aittir. Gerçekten bu tutumu idarelerce kanıksanmış popülist yaklaşımlarında aramak gerekecektir. İşte bu durumda İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (İYUK) andığımız hükmü gereği yıkım işlemi uygulamama kararına karşı iptal davası açılabilecektir. Her ne kadar anılan yasa gereği re’sen hareket zorunluluğu getiren bağlı yetkiye dayalı yıkım için esasen talepte bulunmak gerekmeseydi de anılan iptal davasını açmak için talepte bulunmak ve maalesef deprem gibi hayati bir konuda 60 gün bekleyerek, o riskli yapılarda oturanları İdare’nin keyfine bırakmak ve Allah’a emanet etmek gerekecektir. Süre bitiminden önce olumsuz cevap gelmemesine bağlı olarak (alışık olduğumuz idare tutumu bunu gerektirecektir) 60 günün sonrasında idari yargıda iptal davası açmak gerekecektir. Bizzat tarafımızca idari yargıda açılmış (araç çekilmesine karşı tazminat, TMSF’nin kanuna aykırı yurtdışı çıkış yasağı uygulamasına karşı tazminat davası gibi) ve beş yıl geçmesine rağmen halen derdest olan davaların varlığı göz önüne alındığında benzer davalarda da depremin beş yıl içinde olmaması için dua etmekten başka seçenek yoktur.

Zımnî ret işlemine karşı açılan iptal davasında yapılacak denetim, hakkın tanınması isteminin idarece reddedilmesinin hukuka uygun olup olmadığıdır. İdare mahkemesinin iptal kararı ile dilekçe konusu hakkın idarece tanınmamasının hukuka aykırı olduğu hükme bağlanmış olur, idare artık dilekçe konusunu değerlendirme yetkisine sahip değildir ve yargı kararını uygulama yükümlülüğü altındadır<sup>7</sup>. Hal böyle iken Danıştay'ın aksi yönde kararlar verdiği de görülmektedir. Benzer sonuçlara tabi olacağı korkusu yaşadığımız kamulaştırma davalarında, Danıştay ilgili dairesinin, imar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerlerin beş yıl içinde idarece kamulaştırılma zorunluluğuna rağmen, hukuk umursamazlığı içindeki tutumu nedeniyle anılan hüküm gereği susmayla redde ilişkin açılmış iptal davalarında, kamulaştırma talepli işlemlerin susmayla reddinin iptali yönünde karar vermesi gerekirken, idare mahkemelerinin idare yerine geçerek işlem tesis edemeyeceği gerekçesiyle verdikleri hukuken fahiş hatalı kararlarını<sup>8</sup> 6306 sayılı yasaya dayalı susmayla ret işlemlerinin iptali davalarında da görmeyeceğimizi temenni etmekteyiz.

### **B) Tam Yargı Davası Sonucu Tazminat Ödenmesi**

İYUK madde 2'ye göre; “İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tam yargı davası açabilirler.” Tam yargı davasına idari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmeler konu olabilir. Tam yargı davalarının en çok görüleni mali sorumluluğa dayanan tazminat davalarıdır. Bu davalar, genellikle idarenin vermiş olduğu zararın giderilmesi için açılan davlardır. İdarenin sorumluluğuna yol açan tutum ve davranışlar, yalnız “olumlu” olanlar değildir; “olumsuz” tutum ve davranışlar da, idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır. İYUK 10. maddeye göre idarenin susmasının zımnî ret oluşturduğu durumlarda da tam yargı davası açılabilir. Tam yargı davası iptal davası ile birlikte açılabileceği gibi iptal davasından ayrı olarak ve hatta idari işlemin iptali için bir neden bulunmasa da kişilerin uğradığı zararın karşılanması için açılabilir<sup>9</sup>.

6306 sayılı yasadaki kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeyen idareye karşı, olası bir depremde meydana gelecek can, beden ve malvarlığı kayıplarına karşı zarara uğrayanlar süresi içerisinde tam yargı davası açabileceklerdir. İdare, işbu kanunun gereklerini yerine getirmeyen

<sup>7</sup> Karahanoğulları, Onur - İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Ankara 2011, s.417.

<sup>8</sup> Danıştay 6. Daire 2002/3200 E., 2003/3476 K. ve 05.06.2003 tarihli kararı “... Yasanın 10. maddesiyle belirlenen 5 yıllık imar programı uygulama süresi içinde kamulaştırma yapılması gerektiği halde taşınmazın okul alanı olarak belirlendiğinden bu yana 20 yılı aşkın bir süre içinde kamulaştırma yapılmadığı, bu durumda mülkiyet hakkının yasaya aykırı olarak sınırlandırılması karşısında, dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idarece temyiz edilmiştir... Davacılar tarafından Valiliğe yapılan başvuru ile taşınmazın kamulaştırılması isteminde bulunulmuşsa da, Valilik tarafından verilen savunmada ödenek temin edildiği zaman kamulaştırma yoluna gidileceği belirtilmiş olduğundan, 2577 sayılı Yasanın 2. maddesinin 2. fıkrası uyarınca yargı kararı ile idarelerin işlem tesisine zorlanamayacağı nedeniyle İdare Mahkemesince Anayasa Mahkemesi kararından bahisle kamulaştırma yoluna gidilmemesiyle mülkiyet hakkının yasaya aykırı olarak sınırlandırıldığından bahisle işlemin iptal edilmesinin idareyi işlem tesisine zorlayıcı nitelikte olduğu sonucuna varıldığından, kararda bu yönüyle de isabet bulunmamaktadır.”

<sup>9</sup> Gözübüyük/ Tan, s. 631 vd.,

eylemsiz tavrı nedeniyle, Türkiye gerçeği olan olası bir depremde büyük tazminat miktarlarını ödeme yükümlülüğü altına gireceği gerçeğini unutmamalıdır.

İdare, hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya kötü işlemesi hallerinde kusurlu sayılmaktadır ve bu kusurundan ötürü tam yargı davası kapsamında sorumludur. Danıştay da bir kararında “*İdare kendisine tevdi edilmiş bulunan kamu hizmetlerinin gereği gibi işlemesini temin amacı ile gerekli teşkilatı kurmak ve bu teşkilatın icap ettirdiği şahsi, ayni ve mali imkân ve vasıtaları her an hizmete hazır bulundurmakla sorumludur. Bunların gerekli ve yeterli şekilde temin edilmemesindeki kusurun sonucu, hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya kötü işlemesi hallerinde idare kusurlu sayılmaktadır*”<sup>10</sup> şeklinde idarenin hizmet sorumluluğunu açıklamıştır. 6306 sayılı yasa gereğince yukarıda bahsettiğimiz üzere idare, yıkım kararı verilmesi ve/veya yıkım sonrası re’sen karar alması gereken hallerde, hukuka aykırı bir şekilde eylemsiz kalması sonucu hizmetin hiç işlememesi nedeni ile hizmet kusurundan sorumlu olacaktır. Çünkü yıkım kararına konu yapılmayan bir riskli yapının beklenen depremde yıkılarak can, mal ve beden güvenliğine zarar vermesi durumunda idare bu tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır. Umarız bu davalarda Sancar ve Eylem Ümit Atılgan’ın yaptığı ankette<sup>11</sup> karşılaştığımız sonuçta olduğu gibi Devleti koruma gerekçesine sığınarak idareyi vatandaş karşısında tazminata mahkûm etmeme anlayışı geçerli olmaz. Her zaman olduğu gibi “Ölen ölür kalan sağlar bizimdir” mantığı ile depremin yol açtığı zararları ilahi takdire bağlayarak bu yönde kararlar oluşacağını karamsar bir tahminle düşünmekteyiz.

Bu konuda yapı malikinin kusursuz sorumluluğu nedeniyle 2/3 çoğunluğun içinde kalan kişilerin bu yönde ödeyecekleri tazminatı muhalefet olan 1/3 azınlığa ve hareketsiz kalan idareye TBK m. 62’ye dayalı iç ilişkide rücu hakkına sahip olduğunu ve 1/3 azınlık ile idarenin bu talebin muhatabı olacağını da aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimizden şimdilik sadece vurgulamakla yetiniyoruz.

### **C) Memurların Cezai Sorumluluğu**

Emredici hükümlerin idarece yerine getirilmemesi suç oluşturur. Andığımız nitelikte bağlı yetki özelliği, bu yetkileri kullanmakla yükümlü kılınmış memurlar için Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 257. maddesinin II. fıkrası “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” şeklindeki düzenlemesiyle “Görevi İhmal” suçuna vücut

<sup>10</sup> Danıştay 12. Daire; 969/3435 E. 970/754 K. ve 13.04.1970 tarihli kararı

<sup>11</sup> Sancar, Mithat / Atılgan, Eylem Ümit - Yargıda Algı ve Zihniyet Kalıpları – Demokratikleşme Sürecinde Hakimler ve Savcılar, Tesev Yayınları Mayıs 2009

vermektedir. Suçun tipiklik unsuru açısından hukuka aykırı davranış devletin memurunun görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesi şeklinde ifade edilmiştir. Suçun gerçekleşebilmesi, kamu görevlisinin her hangi bir nedenle kanun veya nizam gereği yapmakla yükümlü olduğu görevine giren bir işi ihmal etmesi veya geciktirmesine bağlıdır.

TCK 257/II. maddeye göre görevin gereklerini yapmakta ihmal ve gecikme gösterilmesinin cezalandırılabilmesi için fiilin; kişinin mağduriyetine, kamunun zararına neden olmasına ya da kişilere haksız bir menfaat sağlamasına bağlıdır<sup>12</sup>. Kişinin mağduriyeti kavramı içerisine can, beden ve malvarlığı kayıpları dâhildir. Olası bir depremde; 6306 sayılı yasa kapsamında görev ve yükümlülüklerini ihmal eden veya geciktiren kamu görevlileri, kişilerin uğramış oldukları can, beden ve malvarlığı zararlarından ötürü TCK 257/II. maddesine göre suç işlemiş sayılacaklar ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına mahkûm edileceklerdir. Uzmanlık alanımız dâhilinde olmamakla birlikte ceza hukuku öğretisine ilişkin hüküm ve sonuçlar bakımından genel eserlere atıf yaparak 6306 sayılı yasanın gereklerini yerine getirmeyen memurların bağlı yetki niteliğine dayalı sorumlulukları konusunda ciddiyete davet niteliğinde uyarılar yapmakla yetiniyoruz.

#### **IV- İDARENİN TAZMİNAT ÖDENMESİ HALİNDE GÖREVLİLERE RÜCU OLANAĞI**

Tam yargı davası sonucunda idarenin tazminata mahkûm edilmesi durumunda, idarenin ödediği tazminat nedeniyle kamu görevlisine rücu hakkı ortaya çıkacaktır. Anayasa'nın 129/V. maddesinin; *“Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir”* şeklindeki düzenlemesi gereği idarenin ödediği tazminat nedeniyle sonradan ilgili kamu görevlisine kusuru oranında rücu edebileceği olgusu açıklık kazanmıştır. Sonuç olarak tam yargı davası sonucu tazminat ödeyen idare, 6306 sayılı yasa hükümlerine aykırı davranan ya da yasanın gereklerini eylemsiz kalarak yerine getirmeyen kamu görevlilerine rücu edecektir.

#### **V- HAK SAHİPLERİNİN TÜRK BORÇLAR KANUNU UYARINCA SORUMLULUKLARINA DAYALI HÜKÜM VE SONUÇLAR**

##### **A) Türk Borçlar Kanunu 69. maddesi Uyarınca Yapı Malikinin Kusursuz Sorumluluğu**

Türk Borçlar Kanunumuz son derece yerinde bir düzenlemeye vücut vererek bina ve diğer yapı eserlerinin malikini kusursuz sorumlu kılmıştır. Binasına “Bismillahirrahmanirrahim” veya “Allah korusun” yazılı nazar boncuğu asmakla tanrısal sigortasını yaptırmış olan ülkemizdeki kişiler topluluğunda sigorta alışkanlığı bulunmamaktadır. Bu kişilere ve akliselim vatandaşlarımıza,

<sup>12</sup> Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 915-918.

bitişindeki binalar yıkılmayan yapı maliklerinin salt deprem nedeniyle mücbir sebep itirazına dayanamayacaklarını hatırlatmak isteriz. Türk vatandaşlarının genellikle bilmediği bir olgu olarak yasanın uygulamasına somut bir örnek vermek gerekirse; yurtdışında ikamet eden ve arkadaşının tavsiyesi ile yatırım amaçlı konsolosluktan gönderdiği vekâletname ile harabe bir binayı satın alıp adına tescil ettiren yapı maliki, içinde oturan kiracıların ertesi gün olası bir deprem nedeniyle binanın yıkılması sonucu can, beden ve malvarlığı zararlarına duçar olmaları halinde, ciddi tazmin yükümlülüğü altında bulunduğunu öğrendiğinde, bu sonuca hiçbir şekilde şaşırılmamalıdır. Bu çalışmamızda sadece yapı maliklerinin bu yükümlülüğe tabi olduklarını hatırlatmak ve ciddiyetini vurgulamak amaçlanmaktadır. Kusursuz sorumluluğun bir kurum olarak niçin var olduğunu uzun uzun anlatmak ise bu makalenin konusu dışında olduğundan, ayrıntılara değinilmeyecektir.

Kanun koyucunun bu konuda getirdiği kusursuz sorumluluk yalnızca illiyet bağıını kopartan mücbir sebep durumunda ortadan kalkabilecektir. Borçlar Kanunu’muzun anılan hükmü ile benzer kusursuz sorumluluk hallerinde görülen kurtuluş beyyinesine dahi yer vermeyerek ciddi bir sorumluluk yaratılmıştır. Maddeyi aynen yazarak kısa bir bilgi vermek gerekirse, Türk Borçlar Kanunu’nun 69. maddesi “*Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar*” şeklinde kaleme alınmıştır. Tekrar vurgulayalım, deprem bilimsel verilere dayalı olarak mücbir sebep oluşturur; ancak komşu parseli yıkılmamış iken deprem nedeniyle yıkılan bir binanın ya yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklikten yıkılmış sayılacağı gerçeği unutulmamalıdır. Bu sonuçla düzenlenen sorumluluk kusur aranmayan bir sorumluluk olduğu için, malikin kusursuzluğu ispatı ile sorumluluktan kurtulması mümkün olmadığı gibi, varsa kusur derecesi de tazminatın belirlenmesinde önem taşımaz.

Maddede yer alan “*Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin*” deyimi ile kastedilene ise yeri gelmişken kısaca değinmek gerekirse; bina veya diğer yapı eserleri deyimi ile yapılan (imal olunan) herhangi bir şey değil, sabit, toprağa doğrudan doğruya veya dolayısıyla bağlı, insan tarafından yapılmış şeyler, kısaca “inşa edilmiş yapıların” kastedilmektedir. TBK m. 69’da düzenlenen sorumluluk bina veya diğer bir yapının yapılış bozukluğu veya bakım eksikliğinden doğan zararları kapsar. Bina, barınmak veya diğer ihtiyaçlar için insan tarafından yapılmış etrafı ve üstü az veya çok kapalı, araziye bağlı, inşaatı tamamlanmış inşa eseri olarak tarif edilebilir. (Apartman, ev, garaj, ahır, samanlık, depo, gösteri salonu, spor salonu vs.) Bina kavramına girmeyen, fakat yeryüzüne bağlı olan inşa eserleri de kanunun ifadesiyle “diğer yapılar” olarak TBK m.69 kapsamındadır (Köprüler, yollar, barajlar, stadyumlar, tramvay veya demiryolu rayları vs.). Arazi ile bağlantının sürekli olması, yapının temelli kalmak maksadı ile yapılmış olması gibi bir şart aranmamaktadır. Bu

sebeple, arazi ile bağlantısı bulunan fakat bir süre sonra kaldırılacak olan inşaat şantiye barakalarının, inşaat iskelelerinin, bina veya diğer yapı kavramına gireceği kabul edilmektedir. Arazi ile bağlantısı olan yapının bütünleyici parçaları da bina veya diğer yapı kavramı içinde yer alır (asansör, elektrik tesisatı, evin çatısındaki kiremitler vs.)<sup>13</sup>.

Bu konuda idarenin özel mal niteliğinde olan ve üzerinde Medeni Kanun hükümlerince mülkiyet hakkına sahip olduğu taşınmazlar bakımından verdiği zararlar da adli yargıya tabi olarak TBK m. 69 hükmüncü tazmin yükümlülüğü doğacaktır. Buna karşılık sahipsiz ve yararı kamuya ait olan kamu malı niteliğindeki binalar ve diğer yapılar devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan yapılardır ve mülkiyet hakkına konu olmazlar. Bu yapıların inşaat bozukluğu veya bakım eksikliğinden doğan zararların tazmininde, Yargıtay 1959 yılında verdiği İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca kamu mallarından doğan zararlarda konunun İdare Hukuku esaslarına tabi olduğu ve bu davalar için idare mahkemelerinin görevli oldukları sonucuna varmıştır.<sup>14</sup> Sonuç olarak sahipsiz ve yararı kamuya ait taşınmazların depremde verdiği zararlar hizmet kusuru oluşturarak tam yargı davalarında idarenin tazmin yükümlülüğü doğacaktır.

#### **B) İdarenin Tutumuna Dayalı Olarak TBK m. 69/III fıkra Hükmüncü Rücu Olanığı**

Özel hukuk kişilerine ait yapıların, riskli yapı kararına konu olması ve fakat idarece bağlı yetkiye rağmen yıkılmayarak yapının depremde yıkılması durumunda; malikleri dışında zarar gören kişilerin can, mal ve beden kayıplarına karşı Borçlar Kanunu'nuzun getirdiği kusursuz sorumluluk ilkesince karşılanacak zararlarda, 2/3 çoğunluğa sahip kişilerin 6306 sayılı yasa kapsamında yaptığı başvuruların adli yargı hâkimlerince göz önüne alınması gerekecektir. Şöyle ki; Borçlar Kanunu 69/III maddesinin "*Sorumluların, bu sebeple kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır*" şeklindeki düzenlemesi gereğince; mağdura karşı haksız fiil sorumluluğu olmayan malikin, tazminat ödemekle yükümlü olmasına yol açan kimselere rücu etmesi mümkündür. "Sorumlu olan diğer kişiler" den maksat, sözleşme veya kanun uyarınca malike karşı binanın veya yapının yapılışındaki bozukluktan veya bakım eksikliğinden sorumlu olan kimselerdir. İşte tam bu noktada zararı kusursuz sorumluluk gereği karşılayan birlikte mülkiyet konusu yapı maliklerinin aldıkları kararlara dayalı anlaşmaya rağmen veya 2/3 çoğunluğa ulaşmayan durumlarda bu çoğunlukla karar alınmasını engelleyerek yıkımın gerçekleşmemesini sağlayan azınlık ve bu azınlığın muhalif oyuyla bağlı olmaması gereken bağlı yetki yükümlüsü idarenin yıkım kararını uygulamaması durumu aşağıdaki kural gereği andığımız rücu ilişkisinde hâkimin gözececeği olgulardan olacaktır.

<sup>13</sup> Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut - Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası. İstanbul 2012, S. 166-168

<sup>14</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı 11.02.1959, 17/15, R.G. 11.05.1959, Sayı:10102

### C) Birden Fazla Sorumlunun İç İlişkide Rücuya Dayalı Yükümlülüğü (TBK m.62)

6306 sayılı yasanın varlığına rağmen re'sen hareket etme yükümlüsü olarak yıkımı gerçekleştirilmeyen idare ve "hak sahiplerinin anlaşması esastır" kuralı gereği deprem ciddiyetinin bilinciyle karar alma yolunda olumlu irade beyan etmiş kişilerin karşısında yer alan muhalif kalan kişiler, Borçlar Kanunu 69. madde hükmünce yapı maliklerinin müteselsil sorumluluğu gereği ödenen tazminatların kendilerine rücu sonucuna ve zararın giderilmesine katlanmaları gerekecektir.

Bu konuda getirilen kural TBK m. 62 "*Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.*" hükmü gereği iç ilişkideki rücu ilişkisini düzenlemektedir. Burada rücu oranları bakımından kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu her bir sorumlu için göz önünde tutulacağı belirtilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında da tazminatın tamamını veya tamamı olmasa bile kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen sorumlu kimsenin diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olduğu belirtilmektedir<sup>15</sup>.

Bu madde kapsamında, riskli yapının depreme maruz kalması sonucunda yapının bakımındaki eksiklik (muhafazadaki kusur) veya bozukluklardan (fena yapılmasından) doğan zararı karşılayan yapı maliklerinin veya intifa ve oturma hakkı sahiplerinin; karşıladıkları bu zararı idareye rücu talebi ile açtıkları tam yargı davasında hâkim, bağlı yetkisini yasanın emredici hükmüne rağmen kullanmayarak riskli yapı kararının kesinleşmesine rağmen yapıyı yıktırmamakta direnen idarenin tüm zararları karşılaması gerektiği yolunda hüküm tesis etmelidir.. Özetle "Anlaşma yolu esastır" ilkesince yasanın aradığı çoğunluğu oluşturan veya oluşturamasa da binalarının yarattığı tehlikenin bilincinde olan vatandaşlarımızın TBK 69. madde hükmünce salt tapu maliki olmakla kurtuluş beyyinesi bile olmaksızın kusursuz sorumluluk ilkesi sonucu yalnızca Türk vatandaşı olmaktan doğan kaderlerine bağlı ödedikleri zararları, bu araştırmada yer alan tüm gerekçelerin göz önüne alınarak, rücu talebi ile açılan davalarda hâkimlerimizce hiçbir kesinti yapılmaksızın idareye yükletilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

### KAYNAKÇA

Anayasa Mahkemesi'nin 27.02.2014 tarihli 2012/87 E., 2014/5 K. sayılı kararı

Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Bası, Ankara 2011

Danıştay 6. Daire 2002/3200 E., 2003/3476 K. ve 05.06.2003 tarihli kararı

<sup>15</sup> Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre - Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 2012, s:183.



Danıştay 12. Daire 969/3435 E. 970/754 K. ve 13.04.1970 tarihli kararı

Gözler, Kemal - İdare Hukuku, Cilt I, 2. Baskı, Bursa 2009 yılı

Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut - İdare Hukuku, 5. Bası, Ankara 2012 yılı

Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre - Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 2012

Karahanoğulları, Onur - İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Ankara 2011

Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut - Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na göre güncellenip genişletilmiş 9. Bası. İstanbul 2012

Sancar, Mithat / Atılgan, Eylem Ümit - Yargıda Algı ve Zihniyet Kalıpları – Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar, Tesev Yayınları Mayıs 2009 Tezcan-Erdem-Önok Ceza Özel Hukuku 10. Bası, Eylül 2013

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı 11.02.1959, 17/15, R.G. 11.05.1959, Sayı:10102