

MÜLKİYET HAKKI BAĞLAMINDA TÜRK VE FRANSIZ UYUŞMAZLIK MAHKEMELERİNİN GÜNCEL FİİLİ YOL İÇTİHADİ

Current Actual Road of the Turkish and French Dispute Courts in the Context of the Property Right

Murat ŞAŞI*

Geliş Tarihi:04.02.2020 Kabul Tarihi:04.06.2020

ÖZET

Türk hukukundaki fiili yol içtihadı büyük ölçüde Fransız yüksek yargı mercilerinin verdiği kararlara dayanmaktadır. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2013 yılında vermiş olduğu iki önemli karar ile mülkiyet hakkı kapsamındaki fiili yol içtihadında önemli bir değişim yaşanmıştır. Yeni içtihadı göre mülkiyet hakkına yönelik idarenin bir müdahalesinden dolayı fiili yolun uygulanabilmesi, mülkiyetin yok olması şartına bağlanmıştır. Bu durum, mülkiyet hakkı bağlamında fiili yola göre yargılama yapılmasını büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Türk hukukunda ise fiili yol içtihadının istikrarlı bir şekilde devam ettiği görülmektedir. Hukukumuzdaki fiili yol içtihadı Yargıtay'ın geçmiş yıllarda vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararlarına dayanmakta olup, idarenin kamulaştırma veya usulüne uygun olarak işgal kararı almaksızın özel mülkiyette bulunan taşınmaza el atılması ile plan veya projesine aykırı olarak yapılan bir bayındırlık faaliyetinden kaynaklı uyuşmazlıklar fiili yol kapsamında değerlendirilmektedir. İmar planları gibi idari işlemlere dayanan veyahut idarenin bir kararına, plan veya projesine uygun olarak gerçekleştirilen bayındırlık faaliyetlerinden kaynaklı bir el atma durumu ise idari işlemin uygulanması veya idari eylem olarak nitelendirilmektedir. Çalışmamızda Fransız ve Türk Uyuşmazlık Mahkemelerinin güncel fiili yol içtihadı karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: mülkiyet hakkı, kamulaştırmaz el atma, fiili yol, yargı kolu, adli ve idari yargı.

ABSTRACT

The legal regime of assault which is called "assault/aggression/voie de fait", in Turkish law is substantially based on the decisions of the French supreme judicial authorities and French Administrative Law. The legal regime of assault have been changed by two significant decisions of the Court of Conflicts of France in 2013. Associated with Bergoend and Commune de Saint Palais sur Mer decisions, the legal regime of assault was changed radically in France. Especially there has been a significant alteration in the legal regime of the assault within the context of the right to property. Pursuant to the new jurisprudence, due to an intervention of the administration on the right to property, the serious and obvious wrongful act of implementation is conditional on the disappearance of the property. This considerably eliminates judgment by the serious and obvious wrongful act in the context of the right to property. In Turkish law, it is seen that the legal regime of assault or voie de fait is implemented consistently. In our study, the legal regime of assault, French and Turkish Courts of Conflicts dealt with comparatively.

Keywords: Assault, property right, confiscating without expropriating, jurisprudence of serious and obvious wrongful act, branches of judiciary, judicial justice and administrative justice.

* Adalet Bakanlığı, Hâkim, e-posta: sasimurat@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-7942-7880.

GİRİŞ

Türk hukukundaki fiili yol içtihadı, büyük ölçüde Fransız yüksek mahkemelerinin vermiş olduğu kararlarda belirlenen ilkelere dayandığından dolayı, bu çalışmada idarenin fiili yol kapsamındaki eylem ve işlemlerinden kaynaklı davalara ilişkin olarak görevli yargı kolunun belirlenmesine yönelik Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin güncel içtihatları bağlamında bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

Ülkemiz İdare Hukuku literatüründe fiili yola ilişkin olarak Onar'ın 1960'lı yıllarda yapmış olduğu tanımlama günümüzde de genel olarak geçerliliğini korumaktadır. Onar, fiili yolu *"...idarenin icraya taallûk eden maddi faaliyet ve hareketleri sırasında ağır bir surette usulsüz hareketleriyle, diğer bir tâbirle, usul dışı sayılacak maddi fil ve hareketleriyle ferdin mülkiyet hakkına veya âmme hürriyetine tecavüz etmesi"* olarak tanımlamakta ve *"idarenin kanun ve nizama, hukuk kaidelerine ağır bir surette aykırı olan, ağır bir surette hukuka muhalefetle lekelenmiş bulunan bir fil ve hareketi..."* olarak nitelendirmektedir.¹

Onar, Fransız doktrin ve içtihadının, idarenin kamulaştırma veya geçici işgale başvurmaksızın bir gayrimenkulu işgal etmesini; bir belediye başkanının yıkılmaya yüz tutmuş bir binayı usul dışı yıkmasını; bir valinin kamu düzeninin korunması amacıyla yetkili merciin kararı olmadığı halde bir gazeteyi toplattırmasını; kolluk yetkilerinin sebep ve maksat unsurları arasında bir nispet olmaksızın ağır yollar ve usullerle tatbik edilmesini fiili yol olarak kabul ettiğini belirtmektedir.² Duran, fiili yolu *"İdarenin, ilgiliye tebliğ edeceği icrai bir karara dayanmadan, hususi menkuller ve esaslı amme hürriyetleri üzerindeki tasarrufları"* olarak tanımlamaktadır.³ Gözübüyük ve Tan, fiili yolu idarenin mülkiyet hakkına ya da kamu özgürlüklerine ağır bir şekilde, hukuk dışı bir tutumla saldırıda bulunması olarak tanımlamaktadır.⁴ Gözler ise fiili yolu *"idarenin herhangi bir işlem yapmaksızın ve açıkça hukuka aykırı bir şekilde özel kişilerin mülkiyet hakkına müdahale edilmesi"* olarak tanımlamaktadır.⁵

Yayla, fiili yolu, idarenin geçerli herhangi bir hukuki dayanağı olmaksızın, görev ve faaliyet sahasına yabancı bir eylemde bulunması olarak tanımlamakta⁶ Özay fiili yolu, idarenin kişi hak ve hürriyetlerine yönelik açık ve bariz hukuksuz müdahaleleri olarak tanımlamaktadır.⁷ Yenice ve Esin ise fiili yolu, *"Hiçbir*

¹ Sıddık Sami Onar, İdare Hukununun Umumi Esasları Cilt III, Akgün Kitabevi, İstanbul 1966, s. 1668.

² S. S. Onar, a.g.e. 1966, 1668-1669.

³ Lütfi Duran, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1964, s. 354.

⁴ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt II, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 171.

⁵ Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2009, s. 1028.

⁶ Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, Beta Yayınları İstanbul 2009, s.142.

⁷ İlhan Özay, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul 2002, s.512.

hukuki temele dayanmayan ya da dayandığı temel hükümsüz olan ya da bir hukuki temele dayanmakla birlikte uygulanması ağır hukuki koşullar içerisinde gelişmiş bulunan maddi tasarruflar” olarak tanımlamaktadır.⁸

Fiili yola yönelik yapılan tüm tanımlamalar, başta mülkiyet hakkı olmak üzere kamu hürriyetine yönelik idarenin bir müdahalesinin varlığına işaret etmektedir. Bu müdahale, idari usul ve yasalara aykırı nitelikte, kişinin sahip olduğu haklara yönelik idari bir eylem veya işlem ile gerçekleşmektedir. Günümüz uygulamasında fiili yol, genellikle mülkiyet hakkı kapsamındaki varlıklara yönelik idarenin hukuk dışı tasarruflarında başvurulmuş bir hukuki argüman olarak karşımıza çıkmaktadır. İdarenin bu açık ve bariz hukuk dışılığı, idareden sadır olan eylem veya işlemin “*idari*” olma vasfını ortadan kaldırmakta ve idarenin bu tutumunu iki eşit arasındaki haksız fiil ilişkisine dönüştürmektedir. Fiili yol, idarenin, idare hukuku kurallarına göre belirlenecek hukuki sorumluluğunun hukuki niteliğini ve hukuki temelini değiştirerek haksız fiile dönüştürmektedir.⁹ Bu dönüşüm, idarenin yargısal denetimine ilişkin farklı hukuk kurallarının uygulanması sonucunu da beraberinde getirmektedir.

İdareden kaynaklanan bir eylemin fiili yol olarak nitelendirilebilmesi için belli şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Öncelikle idarenin icrai bir eyleminin olması gerekmekte olup, idarenin hukuka açıkça aykırı bir kararının uygulanması da fiili yol olarak kabul edilmektedir.¹⁰ İkinci olarak bu eylemin ve icra edilen kararın, hukuka ve usule açıkça aykırı olması gerekmektedir ki; bu durumda idarenin, hukuka uygunluk karinesinden yararlanılamamaktadır.¹¹ Üçüncü şart ise idarenin yukarıda sayılan niteliklere sahip bir eyleminin mülkiyet hakkı veya basın hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı gibi bir kamu hürriyetine yönelik olması gerekmektedir.¹²

Ülkemiz uygulamasında fiili yol genellikle bir taşınmaza kamulaştırmasız el atılması, işgal edilmesi veya mülkiyete son verilmesi hallerinde uygulanmakta olup, hukuka aykırı kamulaştırılmasız el atma, idare tarafından gerçekleştirilmesine rağmen yasal bir dayanağı olmadığı ve açıkça hukuka aykırı olduğundan dolayı idari eylem olmaktan çıkmakta ve fiili yol/haksız fiil olarak nitelendirilmektedir.¹³

⁸ Kazım Yenice ve Yüksel Esin, Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983, s.371.

⁹ Gürsel Kaplan, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: Fiili Yol” Gazi üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, Cilt:XI, Sayı:1-2, s.887-918.

¹⁰ Yücel Oğurlu, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, Kamu Hukuku Arşivi, Mart 2003, sayı 1, s.60-65.

¹¹ Yücel Oğurlu, a.g.m., s. 60-65.

¹² Yücel Oğurlu, a.g.m., s. 60-65.

¹³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s.628-629. Turgut Tan ve Şeref Gözübüyük, a.g.e. s. 204.

Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay'ın fiili yola ilişkin içtihadı, büyük ölçüde "kamulaştırmaz el atma" konusuna ilişkin olup, özel mülkiyetteki taşınmaza "fiili el atma" halinin mevcut olduğu durumlarda uyuşmazlığın adli yargının görevinde olduğu Danıştay tarafından da kabul edilmektedir.¹⁴ Son yıllardaki içtihadında üç yüksek Mahkeme de, kökeninde imar uygulaması gibi idari bir işlem olan kamulaştırmaz el atmalarda idari yargının görevli olduğunu kabul etmektedir. Sadece idari bir karara dayanmaksızın eylemli olarak bir gayrimenkule el atılması hali, fiili yol kapsamında görülerek bu türden bir eylem, haksız fiil olarak nitelendirilmekte ve bu tür idari eylemlerin yargısal denetiminin özel hukuk kuralları kapsamında yapılması gerektiği kararlarda belirtilmektedir.¹⁵ Kaplan, Danıştay'ın dar kapsamlı bu içtihadı ile fiili yola kamulaştırmaz el atma hali dışında başvurulmamasını, idarenin idare hukuku kurallarına göre denetlenme alanını genişlettiğini belirtmektedir.¹⁶

Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu konudaki istikrarlı içtihadına mukabil, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesince fiili yol içtihadında önemli bir değişikliğe gidilerek, idarenin müdahalesine konu mülkiyet hakkı kapsamındaki varlığın yok olması ile sonuçlanan idari müdahaleler dışındaki, idarenin eyleminden kaynaklı hukuk dışı tüm fiillerin, idari yargı denetimine tâbi olması gerektiği yönünde iki önemli karar verilmiştir. 13 Haziran 2013 tarihli "Bergoend" kararı ile 9 Aralık 2013 tarihli "Commune de Saint Palais sur Mer" kararında bu içtihadı değişimin hukuki temellerine ilişkin oldukça ayrıntılı gerekçelere yer verilmiş olup; bu çalışmamızda mülkiyet hakkı bağlamında Türk ve Fransız Uyuşmazlık Mahkemelerinin görevli yargı koluna ilişkin belirleme kriterleri irdelenecektir.

I. TÜRK UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN GÜNCEL FİİLİ YOL İÇTİHADİ

Hukuka saygılı bir idarenin ihtiyaç duyduğu mülkiyet hakkı kapsamındaki mal varlığı değerlerini, hak sahibine rayiç bedel üzerinden ödeme yapmak suretiyle edinmesi veya kullanımına tahsis etmesi beklenmekle birlikte, ülkemizde özellikle fiili veya hukuki el atma yoluyla özel mülkiyette bulunan malvarlıklarına idare tarafından usul dışı olarak el atılabilmektedir. Bu el atmaların hangi hukuki rejime tâbi olacağı, farklı yargı kollarının bulunduğu ülkeler açısından önem arz etmektedir. İdarenin hukuk dışı olarak mülkiyet hakkına el atması, fiili yol olarak nitelendiğinde, idari bir eylem veya işlem den söz edilemezken; idari işlem veya eylem olarak nitelendirilmesi durumunda,

¹⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi, E:2015/782, K:2015/797, 30.11.2015. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2009/5-104, K:2009/142, 29.04.2009. Danıştay Başsavcılığı, E:2019/119, 07.11.2019.

¹⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi, E:2012/317, K:2013/30, 04.06.2013; UYM, E:2013/929, K:2013/1055, 04.06.2013; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2003/385, K:2006/2124, 14.12.2006; Danıştay 6. Daire, E:2009/2388, K:2012/3811, 27.06.2012.

¹⁶ G. Kaplan, a.g.m. 2007, s. 890.

tâbi olunacak yargısal denetim ve hukuki nitelendirme tümüyle değişmektedir.

İdarenin ihtiyaç duyduğu taşınmazları edinmesi veya taşınmazlar üzerinde irtifak hakkı kurmasına ilişkin izlenecek yasal prosedür, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ile belirlenmiştir. Aynı şekilde idarenin özel mülkiyetteki bir taşınmazı geçici olarak işgal etmesine ilişkin genel usul ve esaslar da 9 Şubat 1331 (1915) tarihli, 2455 sayılı Menafii Umumiyeye Müteallik Hususat İçin Efrada Ait Arazi İle Taş Ocaklarının Muvakketen İşgali Hakkında Kanun ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'da düzenlenmiştir.

Hukuka saygılı bir idareden, yukarıda sayılan yasal düzenlemelerde öngörülen usulleri izleyerek özel mülkiyette bulunan bir taşınmazı istimplâk etmesi veya geçici olarak işgal etmesi beklenmektedir. Bu yasal düzenlemelere aykırı olacak şekilde gerçekleşen idarenin her türlü eylem veya işlemi hukuka aykırı hale gelecektir. Ancak bu hukuka aykırılığın yargısal denetiminin hangi esaslara göre hangi yargı kolunca gerçekleştirileceği, adli ve idari yargı ayırımının olduğu bizim gibi ülkeler açısından önemli bir hukuki uyumsuzluk kaynağı olarak karşımıza çıkmaktadır.

İdarenin, yukarıda sayılan yasal düzenlemeleri dikkate almadan özel mülkiyetteki bir taşınmaza el atması, fiili yol olarak kabul edildiğinde, idarenin eylemi artık haksız fiil olarak *nitelendirilmekte* ve idare ile hakkına müdahale edilen malik, adli yargı önünde özel hukuk hükümlerine hakkını arama durumunda kalmaktadır.

Uyumsuzluk Mahkemesi'nin, mülkiyet hakkı kapsamındaki fiili yol içtihadı büyük ölçüde Yargıtay'ın geçmiş tarihli içtihadı birleştirme kararlarına dayanmaktadır.

Yargıtay'ın 16.05.1956 tarih ve 1956/1-6 sayılı içtihadı birleştirme kararında; *"Usulü dairesinde istimplak muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, esas itibariyle, gayrimenkulünü yola kalbeden amme hükmi şahsiyeti aleyhine meni müdahale davası açmaya hakkı olduğuna, ancak dilerse bu fiili duruma razı olarak, mülkiyet hakkının amme hükmi şahsiyetine devrine karşılık gayrimenkulünün bedelinin tahsilini de dava edebileceğine ve isteyebileceği bedelin de mülkiyet hakkının devrine razı olduğu tarih olan dava tarihindeki bedel olduğuna...."* denilerek davanın adli yargı mercilerince çözümleneceği belirlenmiştir. Yargıtay'ın yine 16.05.1956 tarih ve 1956/1-7 sayılı içtihadı birleştirme kararında ise ilgili kamu idaresi tarafından usulüne uygun olarak kamulaştırma işlemi tesis edilmeksizin taşınmaza el konulan malikin açacağı davanın zamanaşımına tâbi olmayacağı kabul edilmiştir.

Yargıtay'ın 11.02.1959 tarih ve E:1958/17, K:1959/15 sayılı içtihadı birleştirme kararında idarenin usule uygun kamulaştırma yapmaksızın özel mülkiyette bulunan taşınmaza el atması, *"İdarenin kanunsuz bir hareketi"*

olarak nitelendirilmiş ve bu tür eylemlerden kaynaklanan davaların mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davası mahiyetinde olduğu ve bu davalarda adli yargı mercilerinin görevli olduğu kabul edilmiştir.

Sıralanan bu içtihadı birleştirme kararlarında, mülkiyet hakkına yönelik idarenin hukuk dışı müdahaleleri, haksız fiil olarak kabul edilmekte ve bu kapsamdaki davalarda adli yargının görevli olduğu belirtilmektedir. 11.02.1959 tarih ve E:1958/17, K:1959/15 sayılı içtihadı birleştirme kararı, özü itibariyle fiili yol kapsamındaki görevli yargı kolunu belirlemede referans olarak kabul edilen ikili bir ayrımla görevli yargı kolunun belirlenmesini öngörmüştür.¹⁷ Kararın gerekçesinde şu hükümlere yer verilmiştir:

İdare tarafından verilen kararlar üzerine plan ve projesine göre yapılan bir

¹⁷ “I - amme teşekkülleri tarafından verilen kararlar üzerine plan ve projesine göre bir yol yapılması dolayısıyla evinin duvarı yıkılan veya bodrum katını sel basan, bir su tesisi yapılması neticesinde tarlasındaki sular çekilip ağaçları veya mahsulleri kuruyan veya tarlası artık ekin ekilemez hale gelen yahut tarlasının kenarında geçen derenin kuruması yüzünden tarlası susuz kalan veya su tesisinin bozukluğu yahut bakımındaki ihmâl yüzünden tarlasını sular basıp bu suların getirdiği kumlardan dolayı tarlası artık ekin ekilemeyecek duruma düşen kimsenin uğradığı zararlar gibi zararlar, idari kararın ve fiilin neticesinde meydana gelen zararlardır. Zira, bir amme teşekkülünün vazifelerinden olan bir işi yapmayı kararlaştırması, idari bir karar olduğu gibi bu kararı yerine getirmek üzere plan ve projeler yapıp o plan ve projeler gereğince işi görmesi de kararın neticesi olan birer idari fiildir.Esasen bir karar verdikten sonra o kararı yerine getirmesi, kanuna uygun bir hareket olduğu cihetle haksız fiilin kanuna aykırılık şartı bu halde gerçekleşmiş olmaz. Bundan başka, idarenin kararının ve faaliyetinin gayrimenkul maliki olma sıfatına dayanmaması itibariyle Medeni Kanunun komşuluk haklarına ilişkin bir tazmin alacağı dahi söz konusu edilemez.

II - Amme kanunları hükümlerince yapılmış olan tesislere bakma ve o tesisleri kullanma mükellefiyetleri de yine amme kanunlarından doğan mükellefiyetler olduklarından bu mükellefiyetlere aykırı davranma halleri de idari karara dayanan fiillerin hiç veya gereği gibi yapılmaması mahiyetini arz ettiğinden dolayı bunlardan doğan zararlar dahi idari karar ve fiillerden doğan zararlar olduğu cihetle söz konusu zararların tazmini davalar dahi yukarıda bildirilen kanun hükmünce tam kaza davalarıdır.

III - İstimlaksiz el atma halinde amme teşekkülü İstimlak Kanununa uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır ve bu bakımdan dava, Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararının tazmini davasıdır ve bu bakımdan adliye mahkemesi vazifesi içindedir.

Bundan başka, bir amme teşekküllü tarafından bir tesisin yapılması sırasında devlet malı olmayan yerlerden toprak alınması veya böyle yerlere toprak veya moloz yığılması neticesinde meydana gelen zararların tazmini davası da başkasının malına amme teşekkülünün dilediği gibi el atma hakkı bulunmadığı ve plan ve projelere ve şartnamelere başkasının malına ihtiyaca göre el atılabilmesini gerektirecek esaslar konulamayacağı cihetle, haksız fiilden doğan bir tazminat davası sayılır.

Yapılan işlerin plan veya projelere aykırı olarak yapılması hali de idari karara aykırı bir hareket bulunması itibariyle yine idari kararın tatbiki olan bir fiil sayılamaz ve bu bakımdan bu iddia ile açılmış bir dava haksız fiilden doğan bir davadan ibaret olacaktır.”

bayındırlık faaliyeti nedeniyle özel mülkiyetteki taşınmazı zarar gören, ürün kaybına uğrayan kişinin zararı, idari bir karara dayandığından idari eylem olarak kabul edildiğinden, bu türden uyuşmazlıklar idari yargı yerlerince çözümlenmelidir. Bu içtihadı göre ilgili mevzuata, plan ve projesine uygun olarak gerçekleştirilen idarenin faaliyetlerinde haksız fiilin kanuna aykırılık şartı gerçekleşmemiş olduğundan, adli yargı mercilerince bu kapsamda tazminata hükmedilmemektedir.

Yargıtay'a göre, bayındırlık faaliyeti sonucu oluşan zarar ve değer kaybı ile ilgili maddi tazminat istenebilmesi için hukuka aykırı bir fiilin bulunması, yani idarenin plan ve projeye uygun olmayan bir davranışından kaynaklı zararın oluşması gerekmekte olup, plan ve projesine uygun yapılan işlere ilişkin özel mülkiyette bulunan taşınmazda oluşan değer düşüklüğü de dâhil olmak üzere oluşan zararlar, haksız fiil hükümlerine göre tazmin edilmemektedir.¹⁸ Danıştay'a göre ise bayındırlık faaliyetleri nedeniyle özel mülkiyetteki taşınmazlarda oluşan kıymet düşüklüğü tutarının hesaplanmasında, taşınmazın konumu, kullanım şekli, altyapı, elde edilen gelir, ulaşım kolaylığı gibi tüm faktörlerin değerlendirmede dikkate alınması gerekmektedir.¹⁹

İdarenin ilgili yasal düzenlemeler uyarınca yürütmekle yükümlü olduğu hizmetleri gerçekleştirmek için yapmış olduğu tesislerin bakım ve onarım eksikliğinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da, idari hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya gereği gibi işlememesi diğer bir ifadeyle hizmet kusuru kapsamında değerlendirilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesinin vermiş olduğu kararlarda da bu husus dikkate alınmaktadır.²⁰

Kamulaştırmasız el atma halinde ise Kamulaştırma Kanununa uygun hareket edilmeden özel mülkiyetteki taşınmazın edinilmesi, idarenin kanunsuz bir hareketi olduğundan, idarenin bu eylemi artık idari eylem olmaktan çıkmakta ve haksız fiile dönüşmekte ve yargısal denetimi de özel hukuk

¹⁸ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E:2014/18089, K:2016/11290, 21.12.2016.

¹⁹ Danıştay 10. Daire, E:2013/6827, K:2016/1402, 15.03.2016.

²⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi E:2004/57, K:2004/74, 01.11.2004. *"İdarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetine ilişkin olarak uygulamaya koyduğu plan ve projenin hukuka aykırı olduğu nedeniyle iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak davalar ile idarenin aynı plan ve projeye göre meydana getirdiği yol, kanal, baraj, su yolları, su şebekesi gibi tesislerin kurulması, işletilmesi ve bakımı sırasında kişilere verdiği zararların tazmini istemiyle idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları muhtel olanlar tarafından açılacak davaların görüm ve çözümünün, iptal ve tam yargı davaları kapsamında yargısal denetim yapan idari yargı yerine ait olduğu; idarece herhangi bir aynı hakka müdahalede bulunulduğu, özel mülkiyete konu taşınmaza kamulaştırmasız el atıldığı veya plan ve projeye aykırı iş görüldüğü iddiasıyla açılacak müdahalenin men'i ve meydana gelen zararın tazmini davalarının ise, mülkiyete tecavüzün önlenmesine ve haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümleneceği, yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır."*

hükümlerine göre adli yargı yerlerince gerçekleştirilmektedir. Bunlar dışında, idari bir faaliyet nedeniyle özel mülkiyetteki taşınmazdan toprak alınması veya bu yerlere toprak, moloz ve taş yığılması durumları da, idarenin başkasının malına dilediği gibi el atma hakkı bulunmadığı gerekçesiyle haksız fiilden kaynaklı davalar olarak kabul edilmektedir.

Bazı konularda içtihadı farklılığa gidilmiş olmakla birlikte genel olarak fiili yola ilişkin bu karar doğrultusunda uygulama devam etmektedir. Bu içtihadı birleştirme kararında, idarenin özel mülkiyette bulunan taşınmaza, hukuken geçerli bir neden olmaksızın el atmasının haksız fiil olduğu ve idarenin bu eyleminin artık idarilik vasfını kaybettiğinden dolayı haksız fiil kapsamında adli yargı mercilerince yargısal denetiminin yapılması gerektiği belirtilmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, istikrarlı bir şekilde bir bayındırlık faaliyeti kapsamında, özel mülkiyete konu taşınmaza hafriyat dökülmesi, moloz yığılması veya bu taşınmazdan toprak, kum veya taş alınması konuları hakkında, haksız fiilden doğan bir tazminat davası sayılacağı gerekçesiyle adli yargının görevine girdiği yönünde karar vermektedir.

İçtihadı birleştirme kararının son kısmında değinilen, özel mülkiyette bulunulan bir taşınmaza toprak veya moloz yığılmasına ilişkin olarak Uyuşmazlık Mahkemesinin kararları istikrarlı iken Danıştay ve Yargıtay'ın farklı yönde kararları bulunmaktadır.

Hidro Elektrik Santral (HES) çalışmaları nedeniyle yapılan kazı ve hafriyat çalışmaları sonucu taş, toprak ve moloz bırakılarak, özel mülkiyetteki taşınmaza kamulaştırmazsız el atılması olayında, idarenin işlem ve eylemleri kamusal nitelik taşıdığından, davanın idari yargı kolunda görülmesi gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararı Yargıtay tarafından bozulmuştur.²¹ Diğer bir kararda, davalı belediyenin döktüğü hafriyat malzemeleri nedeniyle sorumlu olduğu, ancak davalı bir kamu tüzel kişisi olup; işlem ve eylemleri kural olarak idari nitelik taşıdığından, idareye karşı, idari yargı yerinde tam yargı davası açılması gerektiği belirtilmiştir.²²

İdari yargı kararlarında ise genel olarak hizmet kusuru üzerinden idarenin sorumluluğuna gidildiği görülmektedir. Özel mülkiyetteki taşınmaza izinsiz hafriyat toprağı dökülmesi nedeniyle sorumlu idareler İzmir Valiliği ve İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı aleyhine açılan tam yargı davasında, olayda idarelerin hizmet kusuru bulunması nedeniyle tazminat isteminin kabulüne karar verilmiş olup, bu karar Danıştayca onanmıştır.²³ Yalova Belediyesi

²¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E:2014/15378, K: 2015/13080, 16.11.2015; E: 2014/15386, K: 2015/13081, 16.11.2015.

²² Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2010/8962, K: 2011/10022, 04.10.2011.

²³ Danıştay 14. Daire, E:2012/31, K:2014/4524, 10.04.2014.

tarafından hafriyat döküm alanı olarak kullanılan komşu taşınmazdan, moloz ve çöp heyelanı yaşanması sebebiyle, taşınmazının kullanılamaz hale geldiğinden bahisle açılan tazminat davasının kabulü yönündeki karar, Danıştayca onanmıştır.²⁴

İdari yargı mercilerince Çevre Kanunu ve ikincil mevzuat uyarınca, çöp, hafriyat ve inşaat atığı gibi malzemelerin döküleceği yerlerin idare tarafından belirlendiği, bunların taşınması, depolanması ve bertarafının da idarenin gözetim ve denetiminde gerçekleşen bir kamu hizmeti olduğu, özel mülkiyette bulunan taşınmaza bu atıkların idare tarafından dökülmesinin, haksız fiilden çok hizmetin kötü işlenmesi şeklinde tezahür eden hizmet kusuru olduğu yönünde değerlendirme yapılarak, idare hukukunun sorumluluk ilkeleri uyarınca idarenin sorumluluğuna gidilmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, kamulaştırma kararı olmaksızın özel mülkiyette bulunan taşınmaz altından atık su boruları (büz) döşenmesi ve buradan sızan suların ekili mahsule zarar verdiği iddiasıyla açılan davanın, idarenin eyleminin mevzuata uygun bir idari karara dayalı bulunmaması karşısında, haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre görülmesi ve çözümünün adli yargı yerinin görevine girdiğine karar vermiştir.²⁵ Özel mülkiyette bulunan taşınmazın, belediye encümen kararı olmaksızın yıkılmasından kaynaklı uyuşmazlıkta, adli yargı mercilerince haksız fiil hükümlerine göre çözümleneceğine karar verilmiştir.²⁶ Yine idarenin yol yapımı için ihtiyaç duyulan bazı maddelerin özel mülkiyetteki taşınmazdan alınması, taşınmaza geçici olarak fiilen el konulması, idarece usulüne uygun olarak alınmış bir karar olmaksızın ve bir bedel ödenmeksizin taşınmazın geçici olarak işgal edimesinden kaynaklı tazminat davasının adli yargı mercilerine çözümlenmesine karar verilmiştir.²⁷

Yargıtay içtihadı birleştirme kararında yer alan *“Yapılan işlerin plan veya projelere aykırı olarak yapılması hali de idari karara aykırı bir hareket bulunması itibarıyla yine idari kararın tatbiki olan bir fiil sayılamaz ve bu bakımdan bu iddia ile açılmış bir dava haksız fiilden doğan bir davadan ibaret olacaktır.”* hükmünde adli ve idari yargı mercileri arasındaki görev ayrımında bir muğlaklığa neden olduğu ve yargı kolu ayrımına ilişkin net bir kriter belirlenmediği görülmektedir. Bir idari bayındırlık faaliyetinin plan veya projelerine aykırı yapılmış olması, teknik bir bilgi gerektirdiğinden ancak keşif ve bilirkişi incelemesi neticesinde anlaşılabilir.

Aynı şekilde, idari karara aykırı hareket edildiğinin tespiti de yargılamanın mahiyetine göre delillerin toplanmasından duruma göre keşif veya bilirkişi

²⁴ Danıştay 6. Daire, E:2015/4501, K:2017/1287, 27.02.2017.

²⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi, E:2015/803, K:2015/818, 30.11.2015.

²⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi, E:2018/337, K:2018/456, 24.09.2018.

²⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, E:2014/1136, K:2014/1177, 29.12.2014.

incelemesi yaptırıldıktan sonra anlaşılabilir bir durumdur. Her iki durumda da belli bir süre yargılama faaliyeti gerçekleştikten sonra görevli yargı koluna ilişkin bir değerlendirme yapılabileceği dikkate alındığında, içtihadın makul sürede yargılanma hakkını olumsuz yönde etkileyebileceği düşünülmektedir.

“Kamulaştırmaz hukuki el atma” diye de adlandırılan, idarenin imar planı gibi bir idari işleminin sonucu olarak özel mülkiyete yönelik idarenin müdahalelerinden kaynaklı davaların, idare hukuku kurallarına göre çözümlenmesi gerektiği konusunda günümüzde genel bir kabul bulunmaktadır. Fakat, geçmiş yıllarda bu tür davalar, hem adli hem de idari yargı yerlerinde çözümlenmekteydi.

Yargıtay 2010 yılına kadar, imar uygulamaları nedeniyle mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamalardan dolayı idarenin sorumlu olmadığı yönünde bir içtihada sahipti. Yargıtay’a göre bir taşınmaza kamulaştırmaz el atılması için öncelikle idarenin o taşınmaza eylemli olarak el koyması, ayrıca bu durumun geçici değil kalıcı olması yani sahiplenme kastı ile yapılmış olması gerekmektedir.²⁸

Yargıtay’ın bu içtihadına göre imar planları kapsamında getirilen sınırlamalar, malikin mülkiyet hakkını fiili olarak sonlandırmadığından mal sahibi, idarenin sorumluluğu kapsamında tazminat talebinde bulunamamaktaydı. Fiilen ve kalıcı olmak kaydıyla taşınmaza el konulmadığı müddetçe, taşınmazın imar planında yeşil alan, eğitim alanı, sağlık tesis alanı, kültürel tesis alanı veya ibadet alanı olarak gösterilmesi yoluyla mülkiyet hakkından yararlanmanın kalıcı olarak sınırlandırılması, idarenin sorumluluğunu gerektirmemekteydi. Yargıtay 2010 yılında bu içtihadından dönmüştür.

“Bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmamakta her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurmaktadır.

Ancak, bundan da öte; uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle idarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, her türlü izahattan varestedir.

Bu itibarla, kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığının doğal sonucu, idarenin hukuka aykırı eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibi

²⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2007/5-805, K:2007/826, 07.11.2007.

*davacının, dava yoluyla kamulaştırmaz el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini, eş söyleyişle idareden değer karşılığının verilmesini isteyebileceği açıktır.*²⁹

Yargıtay, bu içtihadı ile mülkiyet hakkının imar uygulamaları ile uzun süreli sınırlanmasını, mülkiyete fiili el koyma ile eşdeğer kabul etmiştir.

Kamulaştırmaz hukuki el atma, idari bir işlem olan imar planları ve imar uygulamaları, idarenin bir plan veya projesinin hayata geçirilmesinden kaynaklandığından, bu kapsamdaki tazminat talepleri tam yargı davalarına da konu olmuştur. Adli yargıda haksız fiil, idari yargıda ise idari işlem veya idari eylemden kaynaklı tam yargı davalarına konu olan kamulaştırmaz hukuki el atmaya ilişkin uyuşmazlıklar, iki yargı kolu arasında sık sık görev uyuşmazlığı çıkmasına neden olmuştur.

Uyuşmazlık Mahkemesi, imar uygulamaları sonucu, mülkiyet hakkına konu taşınmazın yüzölçümünün azalması, kullanımına yönelik sınırlamalar getirilmesi gibi mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin, idari işlemten kaynaklandığını ve idarenin hukuka aykırı olarak kişilerin taşınmazına el koyması veya malikin tasarrufunu fiilen engelleme durumları söz konusu olmadığından, kamulaştırmaz el atmanın varlığından söz edilemeyeceğini, mülkiyete yönelik tecavüzün önlenmesi veya haksız fiilden kaynaklanan zararın tazminine dair bir uyuşmazlığın bulunmadığını; idari işlem veya eylemden kaynaklı bir tam yargı davasına konu uyuşmazlığın bulunduğunu ve bu kapsamdaki davaların idari yargı yerlerince çözümlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.³⁰

Uyuşmazlık Mahkemesi istikrarlı bir şekilde, idari bir işleme örneğin bir imar planına dayalı olarak mülkiyet hakkına yapılan müdahaleden kaynaklı tazminat davalarının idari yargı mercilerince çözümlenmesi gerektiği yönünde karar vermektedir.³¹ Mahkemenin bu istikrarlı tutumu, iki farklı yargı kolunda farklı hukuki esaslar dahilinde incelenen, idari işlemten kaynaklı kamulaştırmaz hukuki el atma davalarının, idare hukuku kurallarına göre idari yargı yerlerince çözümlenmesini sağlamıştır.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yukarıda bahsedilen içtihatları ile Danıştay'ın idarenin özel mülkiyetteki taşınmaza herhangi bir idari karar olmaksızın fiili el atması hali haricindeki durumlarda genellikle idari yargıyı görevli görüp, uyuşmazlıkları idare hukuku kurallarına göre çözümlenmesi nedeniyle, fiili yol içtihadı ülkemizde sadece taşınmaz mülkiyetine fiili olarak el atılması ile

²⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2010/5-662, K:2010/651, 15.12.2010.

³⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, E:2006/112, K:2006/140, 02.10.2006; E:2013/393, K:2013/465, 11.03.2013.

³¹ Uyuşmazlık Mahkemesi, E:2019/213, K:2019/416, 08.07.2019.

sınırlı kalmıştır. Ülkemizin bu konudaki içtihadının Fransız yargı mercilerinin içtihadına dayandığı dikkate alınarak, çalışmanın bundan sonraki bölümünde Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin fiili yola ilişkin olarak vermiş olduğu güncel kararlarında belirtilen esaslar dahilinde, taşınmaz mülkiyetine ilişkin uyuşmazlıklardaki fiili yol içtihadının temel esasları irdelenecektir.

II. FRANSIZ UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN GÜNCEL FİİLİ YOL İÇTİHADİ

İdarenin, yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini hukuka bağlı ve saygılı olarak yerine getirmesi, hukuk devletinin bir gereğidir. Bununla birlikte, idari faaliyetler esnasında idarenin hukuk dışına çıktığı durumlarla da karşılaşabilmektedir. İdarenin bu hukuk dışına çıkma halinin yargısal denetiminin nasıl gerçekleştirileceği hususu, bizim gibi idari rejim ilkesinin uygulandığı hukuk sistemlerinde önemli hukuki tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bu anlamda idari rejimin uygulandığı ülkelerden olan ve İdare Hukukumuzun büyük ölçüde etkilendiği Fransız uygulamasının değerlendirilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

Fransa'da fiili yol teorisinin gelişimine bakıldığında, fiili yol, ilk olarak Conseil d'Etat tarafından verilen 21 Eylül 1827 tarihli *Rousseau* kararında tanımlanmış ve bu kapsamdaki uyuşmazlıkların adli yargı yerlerinde çözümleneceği kabul edilmiştir.³² Fransa'da geçmiş dönemde adli yargının daha yaygın teşkilatlanmış olması ve idari yargının vermiş olduğu kararlarda, tutuk adalet usulünün geçerli olmasının, dönem itibarıyla idari yargı yerlerinin mahkeme olarak sayılmamasının, fiili yol teorisinin benimsenmesinde önemli bir rol oynadığı belirtilmektedir.³³ Ayrıca 1958 tarihli Fransa Anayasası'nın, kişi özgürlüğü ve güvenliği konusunda adli yargı hakimini görevli sayan 66. maddesi ile yukarıda bahsedilen fiili yolda adli yargının görevli olduğu yaklaşımı, anayasal bir ilke konumuna getirilmiştir.³⁴

Re'sen icra yetkisine sahip idare, tek taraflı işlemleriyle veya eylemleriyle çok açık bir şekilde mülkiyet hakkı veya bir kamu hürriyeti ihlal edilebilmektedir. Fransız İdare Hukuku literatüründeki tabirle "*voie de fait*" fiili yol mahiyetindeki işlem ve eylemler, çok açık bir şekilde mülkiyet hakkının veya bir kamu hürriyetinin ihlali niteliğinde olduğundan, idareden kaynaklansa dahi bu eylem veya işlemler idarilik vasfını kaybetmekte ve idarilik vasfını kaybeden bu işlem ve eylemlerin yargısal denetimi, özel hukuk

³² Hayrettin Yıldız, "Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, Cilt 8, Sayı 2, s.306.

³³ G. Kaplan, a.g.m., 2007, s. 909-910.

³⁴ G. Kaplan, a.g.m. 2007, s. 907.

kurallarına göre gerçekleştirilmektedir.³⁵ Bu durum, idari hakime nazaran daha güçlü olduğu düşünülen adli yargı hakimi karşısına çıkarılarak idarenin cezalandırılması veya terbiye edilmesi mantığına dayanmaktadır.³⁶ Ancak bu mantık, idari uyuşmazlıkların çözümünün uzun zaman almasına neden olmakta, ortaya çıkan görev uyuşmazlıkları, makul sürede adil yargılanma hakkını haleldâr edebilecek boyutlara ulaşabilmektedir. Yargı kolları arasındaki görev uyuşmazlıkları, uzun süren yargılamalara neden olmakta bu durum da makul sürede yargılama yapılamaması nedeniyle tazminat ödenmesiyle sonuçlanmaktadır.³⁷

Fransa'da zaman içinde “*tutuk adalet*” ilkesinin terk edilmesi, idari yargı teşkilatının güçlenmesi, 2000 yılında kabul edilen İdari Yargı Kodu'nun L.521-1 ve devamı maddelerinde idari yargılamada kısa sürede sonuç veren “*ivedi yargılama*” usulünün benimsenmesi ile birlikte, idari hakimin temel hak ve hürriyetlerin korunması amacıyla idareye talimat vermek de dâhil olmak üzere her türlü tedbiri alabileceğine ilişkin yasal düzenleme yapılması, fiili yol teorisinin yeniden tartışılmasına zemin hazırlamıştır.³⁸

*“Yeni düzenleme ile idarenin temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğindeki uygulamalarından doğan uyuşmazlıklara idari yargı hakimi tarafından bakılma imkanı getirilmesi, fiili yol teorisinin ortadan kalkacağı veya adli yargının bundan böyle fiili yol uyuşmazlıklarına bakamayacağı şeklinde yorumların yapılmasına neden olmuştur.”*³⁹

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2013 yılına kadar vermiş olduğu kararlarda, fiili yol mahiyetindeki idareden sadır olan işlem ve eylemlerin yargısal denetiminin, haksız fiil hükümleri kapsamında adli yargı mercilerince yerine getirilmesi ilkesi benimsenmiştir. 2013 yılında bu konuda verilen iki önemli karar ile fiili yola ilişkin hukuki tanımlama yeniden yapılmış ve yeni tanımlamanın hukuki dayanakları *Bergoend* ve *Commune de Saint-Palais-sur-Mer* kararlarında detaylı olarak ortaya konulmuştur.⁴⁰ *Bergoend* kararı ile birlikte, daha önce fiili yol kapsamına giren ve adli yargı mercilerinin denetimine tâbi olan birçok uyuşmazlık yeni tanımlama ile birlikte idari yargının görev alanına dâhil edilmiştir. Mülkiyet hakkına yönelik idarenin bir müdahalesinden

³⁵ S. S. Onar, a.g.e. 1966, s.1668-1670

³⁶ G. Kaplan, a.g.m. 2007, s. 911.

³⁷ Tribunal des Conflits, M. et Mme P. c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer, s.9. http://www.tribunal-conflits.fr/PDF/3931_Conclusion_conclusions_tc_3931.pdf, (Erişim tarihi:20.12.2017).

³⁸ G. Kaplan, a.g.m., 2007, s. 913-914. H. Yıldız, a.g.m., 2018, s. 307.

³⁹ H. Yıldız, a.g.m., 2018, s. 307.

⁴⁰ Tribunal des Conflits, *Bergoend c. Société ERDF Ancecy Léman*, No 3911, 17.06.2013 http://www.tribunal-conflits.fr/PDF/3911_Conclusion_conclusions_tc_3911.pdf, (Erişim tarihi:20.12.2017).

kaynaklı eylemin fiili yol olarak kabul edilebilmesi, mülkiyet hakkının ortadan kaldırılması koşuluna bağlanmıştır. Bu durum, adeta fiili yolun yok denecek kadar azalması anlamına da gelmektedir.

Bergoend ve Commune de Saint-Palais-sur-Mer kararlarında Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin mülkiyet hakkına yönelik idarenin hangi müdahalelerinin fiili yol teşkil edeceğine ilişkin belirlediği kriterler iki temel ilkeye dayanmaktadır. Bunlardan ilki, idarenin açıkça yetkisi dâhilinde olmayan bir karar ile özel mülkiyete müdahale etmesi ve ikinci olarak da idarenin mülkiyet hakkını ihlal etmesi sonucunda, söz konusu hakkın yok olmasıdır. Her iki şartın birlikte gerçekleşmesi durumunda fiili yoldan söz edilebilecektir. “*Fiili yol biçimleriyle ve idarenin faaliyetlerinin sonuçlarıyla ilişkili koşullara ilişkin yapılan bu çifte düzenleme, gayrimenkul alanında gelecekte bir fiili yolun ortaya çıkması ihtimalini oldukça düşürmektedir.*”⁴¹

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin verdiği bu iki karara konu olaylar şöyle gerçekleşmiştir: *Bergoend* davasında, mal sahibinin rızası veya kanunların öngördüğü kamulaştırma veya kiralamaya ilişkin prosedürler uygulanmaksızın, özel mülkiyetteki bir arazi üzerine elektrik idaresi tarafından 1983 yılında elektrik direği dikilmiştir ve bu durum 2009 yılına kadar devam etmiştir. *Commune de Saint-Palais-sur-Mer* kararına konu olayda ise spor alanı olarak düzenlenmesi öngörülen özel mülkiyetteki taşınmazın kullanım hakkı, yerel yönetim ile taşınmaz sahipleri arasında yapılan sözleşme ile idareye verilmiştir. Sözleşme süresinin sonunda taşınmazın kullanım hakkı sahiplerine iade edilmeyerek belediye tarafından sahiplerinin rızası olmaksızın kullanılmaya devam edilmiştir. Belediyenin taahhüt ettiği kamulaştırma işleminin gerçekleşmemesi üzerine mal sahipleri tarafından mülkün tahliyesi ve zararlarının tazmini için dava açılmıştır.

Mahkemeye göre, *Bergoend* davasında bir kamu yapısının haksız olarak kurulması veya idarenin işgalci durumunda olması durumları, idarenin sahip olduğu bir yetkiyle ilişkilendirilebilecek durumlar olup, idarenin haksız işgali veya haksız olarak kurduğu yapı, fiili yol olarak nitelendirilmemektedir.⁴² İdarenin mevzuat ile öngörülen usul ve prosedürleri işletmemesi, gerçekleştirilen idari faaliyetin idarenin görev ve yetki alanı dışında olduğu sonucunu doğurmamaktadır.

İdarenin mülkiyet hakkına yönelik haksız müdahalesinin fiili yol oluşturabilmesi için ikinci koşul olan “mülkiyet hakkının ortadan kalkması” şartının da gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir mal sahibinin yalnızca malını kullanmaktan yoksun bırakılmasına sebep olan kamulaştırmaları el atma,

⁴¹ Tribunal des Conflits, M. et Mme P. c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer, s.5, 09.12.2013.

⁴² Tribunal des Conflits, M. et Mme P. c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer, s.5, 09.12.2013.

mülkiyet hakkını ortadan kaldırmamakta, malik mülkiyet hakkından kaynaklı yetkilerini tam olarak kullanamamaktadır. Mülkiyet hakkı, mülkiyet konusu ile aynı sürekliliğe sahiptir ve buradan mülkiyet hakkını sonsuza kadar ortadan kaldıracak tek şey, mülkün nihai olarak yok olmasıdır.⁴³ Arsa üzerindeki taşınmazın yıkılması sadece yapıya ilişkin mülkiyetin son bulmasını ifade etmektedir. Yıkılan şeyin mülkiyeti, yıkımın yol açtığı kalıntıları ve bu kalıntılara ilişkin tazminatı ifade eder. Arazi üzerindeki yapı ile arazinin mülkiyeti birbirinden ayrıştırılabilir niteliktedir ve arazinin mülkiyeti sürekli iken, yapı üzerindeki mülkiyet hakkı ortadan kalkabilmektedir. Dolayısıyla taşınmaz bir malın yıkılması bu bakımdan fiili yolun kapsamına girmektedir.⁴⁴

Mülkiyet hakkının ortadan kaldırılmasının ikinci biçimi ise taşınmazın veya mülkün kendisinin idarenin bir müdahalesiyle yok olmasıdır. Bu durum, mülkiyet hakkının yukarıdaki gibi ayrıştırılmadığı durum ve koşullarla ilgilidir. Deniz seviyesinin yükselmesi sonucu sular altında kalan taşınmazlar veya nehir sularının altında kalan özel mülkiyetteki taşınmazlarda mülkiyet hakkı sona ermektedir. Fakat, sulara gömülme nedeniyle mülkiyetin ortadan kalkma durumunun idarenin yetkisinde olmadığı açık olan bir kararın sonucu olması gerekmektedir.⁴⁵ Böyle bir durum ise gerçekleşmesi oldukça zor bir durumu ifade etmektedir.

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu kararları ile tanımladığı yeni fiili yol içtihadı, özellikle mülkiyet hakkı kapsamındaki idari müdahalelerin neredeyse tümünün idari yargının görev alanında kalması sonucunu doğurmaktadır. Fiili yol için öngörülen iki şartın birlikte gerçekleşmesi çok istisnai durumlara sınırlı kalacağından, idarenin özel mülkiyete yönelik müdahaleleri, idare hukuku ilkelerine göre idareyi daha iyi tanıyan idari yargıçlar tarafından çözümlenecek, uyuşmazlıkların yargı kolu ihtilaflarından kaynaklanan zaman kayıpları yaşanmadan makul sürede çözümlenebilmesi sağlanacaktır.

III. SONUÇ

İdare, yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini yerine getirirken ihtiyaç duyduğu özel mülkiyete konu taşınmazları kamulaştırma hakkına sahip olduğu gibi bu taşınmazlar üzerinde Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen aynı hakları tesis ettirme hakkına da sahiptir. Bir bayındırlık faaliyetinin yerine getirilmesi için gereken taşınmazı geçici olarak işgal etme veya bu taşınmazdan toprak, kum veya taş gibi ihtiyaç duyduğu malzemeleri alma yetkisine de sahip olan idarenin, bu yetkilerini kullanırken kamulaştırma ve geçici işgale ilişkin yasalarla belirlenen usulü takip ederek hizmetlerini yerine getirmesi,

⁴³ Tribunal des Conflits, M. et Mme P. c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer, s.6, 09.12.2013.

⁴⁴ Tribunal des Conflits, M. et Mme P. c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer, s.7, 09.12.2013.

⁴⁵ Tribunal des Conflits, M. et Mme P. c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer, s.7, 09.12.2013.

yönetilenlerce haklı olarak beklenmektedir. Ancak uygulamada idareler, Kamulaştırma Kanunu veya geçici işgali düzenleyen kanunları ve ikincil mevzuatı dikkate almadan özel mülkiyette bulunan taşınmaza müdahalede bulunabilmektedir.

İdarenin özel mülkiyete yönelik bu tür müdahalelerinin yargısal denetiminin farklı yargı kollarında olması, derece mahkemelerinin görevsizlik kararları sonucu yargı kolu uyuşmazlığı çıkmasına neden olmakta; bu durum da uyuşmazlıkların makul sürede çözümlenmesini güçleştirmektedir.

İdarenin fiili yol kapsamındaki işlem veya eylemlerinin özel hukuk hükümlerine göre adli yargı mercilerince denetlenmesinin, idareyi terbiye etme amaçlı olduğu öne sürülmüş olsa da, adli yargı süreçlerinin taraflarca getirilme ilkesine dayanması, davaların huzurda görülme ve takip zorunluluğu, ilk itiraz, itiraz ve defilerin belli bir süre içerisinde ileri sürülmesi gerekliliği ve idarenin karmaşık yapısıyla birlikte değerlendirildiğinde, haksız fiilin faili olarak görülen idarenin, mağdura nazaran daha avantajlı bir konuma sahip olduğu ve bir anlamda idarenin ödüllendirildiği görülmektedir. İdari yargının re'sen araştırma ilkesine dayanması ve adli yargı mercilerine nazaran idarenin işleyişini daha iyi değerlendirebilecek bir birikime sahip olduğu dikkate alındığında, idarenin mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerinin, haksız fiil esasına göre değil, idarenin sorumluluk esaslarına göre değerlendirilmesinin, mülkiyet hakkı ihlal edilenler açısından daha avantajlı olduğu ve idareyi "terbiye etme" düşüncesine daha uygun olduğu değerlendirilmektedir.

Kaplan'ın da belirttiği üzere, adli yargının bu anlamda idari yargıya göre daha avantajlı olduğu tek yön, dava açma sürelerinin haksız fiilde daha uzun olarak belirlenmesidir.⁴⁶ Ancak idari yargı mercilerinin son yıllarda vermiş oldukları kararlarda mülkiyet hakkına yönelik idarenin işlem veya eylemlerinden kaynaklı davalarda her zaman idareye başvurularak hakkın talep edilebileceği yönündeki güncel Danıştay kararları⁴⁷ da dikkate alındığında, idari yargının bu yönden de tatmin edici bir düzeye eriştiği görülmektedir.

⁴⁶ G. Kaplan, a.g.m. 2007, s. 904.

⁴⁷ Danıştay 6. Daire, E:2015/5190, K:2019/6963, 10.09.2019, "Uyuşmazlıkta davacının mülkiyet hakkının 1983 yıllarında yapılan parselasyon işlemi nedeniyle ihlal edildiği tespit edilmiş olup süregelen zarar olması nedeniyle zarar giderilene kadar her zaman dava açılabilecektir." Danıştay 10. Dairesi, E:2012/5822 K:2015/5250, 24.11.2015, "Anayasal güvence altında bulunan temel hak ve hürriyetlerden olan mülkiyet hakkının kullanılabilmesi için ilgililerin idareden gerekli işlemlerin yapılmasını her zaman isteyebilmeleri mümkündür. Mülkiyet hakkının sürekliliği nedeniyle bu hakkın kullanımı konusunda 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi kapsamında Maliye Bakanlığı'na yapılacak başvurunun reddi halinde 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinde öngörülen altmış günlük süre içerisinde idare mahkemesi nezdinde yeniden dava açılabileceği açıktır."

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Bergoend* kararı ile yeniden belirlemiş olduğu fiili yol içtihadındaki iki kritere benzer şekilde Türk Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından belirlenecek ilkelerle idarenin mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerinden kaynaklı uyuşmazlıkların idari yargı yerlerince karara bağlanabilmesinin önü açılabilecektir. Bugüne kadar Uyuşmazlık Mahkemesince fiili yola ilişkin Yargıtay'ın 1950'li yıllarda vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararları referans alınmaktadır. Oysa referans alınan içtihatlar döneminde ilk derece idare mahkemelerinin bulunmaması, bu yetkinin il ve ilçe idare kurullarınca yerine getirildiği dikkate alındığında Yargıtay'ın bu kararlarının verildiği zamanın şartlarına göre mülkiyet hakkını etkin bir şekilde korumayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

Günümüzde idare mahkemelerinin yaygın olarak örgütlendiği bir ortamda, idareyi daha iyi tanıyan ve yargılamaya hakim olan re'sen araştırma ilkesi sonucu uyuşmazlığa ilişkin tüm delillerin idari yargı yerlerince kendiliğinden toplanıp karar verilebildiği bir yargı kolunda idarenin eylem veya işlemleri sonucu mülkiyet hakkı etkilenen kişilerin haklarını aramalarının, adil yargılanma hakkı açısından daha tatminkâr neticeler vereceği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Duran Lütfi, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1964.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2009.
- Gözübüyük A. Şeref ve Tan Turgut, İdare Hukuku Cilt II, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- Kaplan Gürsel, "İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: Fiili Yol" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, Cilt:XI, Sayı:1-2.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt III, Akgün Kitabevi, İstanbul 1966.
- Oğurlu Yücel, İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi, Kamu Hukuku Arşivi, Mart 2003, Sayı 1.
- Özey İlhan, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.
- Yayla Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yayınları İstanbul 2009.
- Yenice Kazım ve Esin Yüksel, Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983.

- Yıldız Hayrettin, Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, Cilt 8, Sayı 2.
- Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları, <http://www.uyusmazlik.gov.tr/uyusmazlik-mahkemesi-kararlari>
- Yargıtay Kararları, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>
- Danıştay Kararları, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>
- Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi Bergoend kararı, Tribunal des Conflits, Bergoend c. Société ERDF Annecy Léman, No 3911, 17.06.2013 http://www.tribunal-conflits.fr/PDF/3911_Conclusion_conclusions_tc_3911.pdf
- Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi Commune de Saint-Palais-sur-Mer kararı, Tribunal des Conflits, M. et Mme P. c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer, s.9. http://www.tribunal-conflits.fr/PDF/3931_Conclusion_conclusions_tc_3931.pdf