

YENİ YASAL DÜZENLEMELERE GÖRE KAMULAŞTIRMASIZ EL KOYMA SEBEBİYLE DOĞAN TAZMİN HAKKININ TABİ OLDUĞU USUL VE ESASLAR

ACCORDING TO THE LAST LEGAL REGULATIONS THE BASIS AND THE PROCEDURE OF THE RIGHT TO COMPENSATION ARISING BY REASON OF CONFISCATION WITHOUT EXPROPRIATION

Gürsel KAPLAN*

Özet: Kamulaştırmaz el koyma sorununu çözmek için bugüne kadar çeşitli yasal düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. Ancak söz konusu yasal düzenlemelerin sorunu tam anlamıyla çözemediği görülmektedir. Çünkü söz konusu düzenlemeler bu konuda her zaman için uygulanabilecek kurallar içermek yerine, daha ziyade, geçmişte gerçekleşmiş bulunan kamulaştırmaz el atmaları “bir defaya mahsus” olmak üzere yasal bir çözüme kavuşturmakla yetinmektedirler. Bu bakımdan, söz konusu kanunlar bir nevi “af kanunu” özelliği taşımaktadırlar. Bu durum, ele aldığımız yeni yasal düzenlemeler için de geçerlidir. Çünkü bu Kanunla getirilen düzenlemeler de geçmişin yanında geleceği de düzenlemekle birlikte, bunu 2026 yılı ile sınırlandırmış olduğu için bu düzenlemelerin bizatihi kendisi de sorunu kökten halletmek gibi bir iddia içermemektedir.

Durum böyle olunca, ister istemez, 2026 yılından sonra ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Bu durumda, şayet aksi yönde bir düzenleme yapılmazsa, Yargıtayın içtihadı birleştirme kararlarıyla benimsenen çözümün uygulanmasına devam olunacağı anlaşılmaktadır. Buna göre, taşınmazına el atılan kişi, belli bir süreyle kısıtlı olmaksızın, tazminat (ecrimisil, bedel) veya men’i müdahale davası açmak konusunda seçimlik bir hakka sahiptir. Özel mülkiyeti korumaya odaklı bu çözüm, kamusal yarar ve çıkarları gözetmeyi tamamen ihmal ettiği için tatmin edici değildir. Bu sebeple, kişilerin mülkiyet hakkı ile birlikte kamu hizmetinin gereklilerini ve kamu mallarının korunmasını da gözetken kalıcı çözümlerin bulunması zorunludur.

Anahtar Sözcükler: Kamulaştırmaz el atma, dolaylı kamulaştırma, kamu mallarının dokunulmazlığı, men’i müdahale davası, tazminat (bedel) davası.

* Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Abstract : Until now sundry legal undertakings have been made in order to prevent confiscation without expropriation. However, it is obvious that these undertakings are not sufficient for instead of proving rules which are always applicable, they only enable legal solutions to solve confiscations that have already been made “for once” only. For this reason, the said laws possess the quality of an amnesty law. The same thing is true for the new legal undertaking we are dealing with. The reason being, although the regulations brought with this undertaking take care of the future along with the past, they do not solve the problem radically because of this the new law is limited to the year 2026.

As things stand, the question what will happen after this inevitably comes to mind. Should there be no other arrangement in the opposite direction, it is deduced that the solution adopted with the landmark decision of the Supreme Court of Appeals will continue to be applied. According to it, the person whose real property has been confiscated has the right to choose from the options indemnity or sue for preventing the intervention. This solution, aiming to protect private property, is not satisfactory for it neglects to look after public interest and welfare. Therefore, it is essential that permanent solutions be found to look after the requirements of public service and the protection of public property along with the ownership rights of individuals.

Keywords: Confiscation without expropriation, indirect expropriation, immunity of public property, a sue for preventing the intervention, action for damages.

Giriş

Kamulaştırmasız el atma konusunu düzenleyen yegâne hüküm niteliğindeki 4 Kasım 1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38 inci maddesinin Anayasa Mahkemesi'nin 10 Nisan 2003 tarih ve E.2002/112, K.2003/33 sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine ciddi bir hukuksal boşluk ortaya çıkmıştır.

Kamulaştırmasız el atma sorunu, geçmişi hayli eskiye dayandığı ve uygulamada sıkça karşılaşıldığı için yargı yerlerinin kendisine yabancı olmadığı bir sorun olsa da ortaya çıkan hukuksal boşluk karşısında tutum ve kararları oldukça farklılık göstermiştir. Özellikle hak düşürücü sürenin uygulaması konusunda kendisini gösteren bu içtihat farklılığının yol açtığı olumsuzluklar karşısında harekete geçen kanun koyucu¹, hem süre sorununu hem de yargı yerlerince verilen men'i mü-

¹ 18 Haziran 2010 tarih ve 5999 sayılı Kanunla 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen Geçici 6 ncı maddenin “Gerekçe”sinde bu yönde açıklamalara yer verilmektedir.

dahale kararlarının kamu malları ve hizmetine dokunan zararlı etki ve sonuçlarını bertaraf etmek için, 18 Haziran 2010 tarih ve 5999 sayılı Kanunla 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklediği geçici 6 ncı madde ile birtakım yasal düzenlemeler yürürlüğe koymuş bulunmaktadır.

İnceleme konumuzu esas itibariyle anılan yasal düzenlemeler teşkil etmekle birlikte, bunların irdelenmesine geçmeden önce, kavramsal, tarihsel ve karşılaştırmalı hukuk açısından da meseleye kısaca değinmenin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

Çünkü söz konusu yasal düzenlemelere ilişkin olarak yapacağımız irdeleme ve değerlendirmelerin isabetliliği, her şeyden önce, bunların doğru bir kavramsal temelde ele alınmasına ve ikame edildikleri düzenlemelerin uygulamada kazanmış oldukları anlam ve uygulamalara bağlıdır.

Bu nedenle, ele aldığımız düzenlemelerin olumlu ve olumsuz yanlarını ortaya koymadan önce, kısaca da olsa, konuya kavramsal ve tarihsel perspektiften bakmakta yarar vardır.

I- Kamulaştırmasız El Koyma (El Atma) Kavramı

Başlıkta belirtilen kavram ve kurumu kısaca tanımlamak gerekirse şunu diyebiliriz: Kamulaştırma yetkisine sahip bir idare, Anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmaksızın, bir kimsenin taşınmaz malına el koyar ve onun üzerinde bir tesis veya bina yapar yahut o taşınmaz malı bir hizmete tahsis ederek mal sahibinin taşınmazı üzerinde dilediği gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunursa, idare taşınmaz mala kamulaştırmasız elkoymuş sayılır.²

Anayasamızın ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun ilgili hükümleri göz önünde bulundurulduğunda, normalde kamulaştırmasız el atma gibi hukuk dışı durumların ortaya çıkmaması beklenir. Çünkü Anayasamızın kamulaştırmayı düzenleyen 46 ncı maddesinin birinci fıkrasına göre, *"Devlet ve kamu tüzelkişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere*

² Ali Arcak, *Kamulaştırmasız Elkoyma ve Yeni Hükümler*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1987, s. 23.

göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir". Dolayısıyla, idare kendisine verilen görev ve hizmetleri yürütebilmek ve bunun için gerekli olan teşebbüsleri kurmak için Anayasamızın ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun belirlediği hukuki esaslar çerçevesinde hareket ederek ihtiyaç duyduğu taşınmaz mallar üzerinde mülkiyet yahut irtifak hakkı kurabilir.

Ancak idarenin her zaman bu hukuki esaslara göre hareket etmediği görülmektedir. Başka bir ifadeyle, idarenin ihtiyaç duyduğu taşınmazların mülkiyetini elde etmek yahut irtifak hakkı kurmak için belirtilen anayasal ve yasal kurallara göre hareket etmek yerine, bile- rek ya da bilmeyerek, hiçbir yasa kuralına dayanmadan da kişilerin mülkiyet hakkına el koyduğu (el attığı) görülmektedir. "Kamulaştırmasız el atma", "dolayısıyla kamulaştırma" veya "fiili kamulaştırma"³ olarak da ifade edilen bu tür bir el koyma, idareden çıkmasına rağmen, hiçbir yasal dayanağı bulunmadığı ve tamamen usul dışı olduğu için aynı zamanda "fiili yol" veya "haksız fiil" olarak nitelendirilmektedir.⁴

Elbette ki, idarenin özel mülkiyet hakkını ihlal eden veya ona zarar veren her türlü davranışı bu nitelikte değildir ve dolayısıyla kendisine böyle sonuçlar bağlanmamaktadır. Genel kabul gören görüşe göre, fiili yol yahut haksız eylem niteliğinde bir kamulaştırmasız el koymadan söz edebilmek için, idarenin özel mülkiyette bulunan bir taşınmaz mala sahiplenme amaç ve kasdıyla hareket etmesi, yani malik veya zilyed gibi tasarrufta bulunması ya da taşınmazı hiç olmazsa belli bir süre sahibinin tasarrufundan alıkoyması gerekir⁵. Nitekim Yargıtay'a⁶ göre de,

³ Doktrinde genellikle "dolayısıyla kamulaştırma" terimi ile ifade edilen bu duruma "fiili kamulaştırma" da denilmektedir. Bkz.: Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: III, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1558; René Chapus, Droit Administratif Général, Cilt: II, 15. Baskı, Montchrestien, Paris, 2001, s. 568.

⁴ A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt: I, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 1161-1162; İl Han Özay, Günlükte Yönetim, Alfa Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 473; Metin Günday, İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 248; Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt: II, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s. 990; Meltem Kutlu Gürsel, Kamulaştırma Hukuku, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2009, s. 362-363.

⁵ Bu nedenle, idarenin bu tür fiillerini ifade etmek için "kamulaştırmasız el atma" deyimini yerine "kamulaştırmasız el koyma" deyiminin kullanılması daha isabetlidir. Çünkü anlatılan durumu, aynı zamanda belli bir nicelik ve süreklilik de içerdiği için, "el koyma" terimi daha iyi karşılamaktadır. Ancak "el atma" terimi daha yerleşmiş olduğu için biz de yer yer aynı terimi de kullanmaya devam edeceğiz.

⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15 Ekim 2004 tarih ve E. 2004/5-561, K.2004/717 sayılı Kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

“Bir taşınmaza kamulaştırmazsöz elatıldığından söz edilebilmesi için, öncelikle idarenin, o taşınmaza eylemli olarak el koyup, malikin kullanımını, yasaaya aykırı şekilde tamamen ortadan kaldırması ve bu durumun kalıcı olması şarttır. Eş söyleyişle idare, elkoyma eylemini, o taşınmazı sahiplenme amaç ve kastı ile yapmış olmalıdır”.

Dolayısıyla, idarenin bu nitelikte olmayan, yani ani ve geçici zarar verici tutum ve hareketleri fiili yol yahut haksız fiil değil, birer hukuka aykırı idari eylem olarak kabul edilerek onların tabi olduğu hukuki rejime tabi tutulacaktır.⁷ Nitekim yukarıda anılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun kararında dile getirilen şu düşüncelere bakılırsa uygulamanın da bu yönde olduğu görülmektedir.

“Elkoyma eylemi açıklanan nitelikte değil ve sadece geçici bir kullanım sözkonusu ise, kamulaştırmazsöz elkoyma olgusu mevcut değildir. Bundan dolayı malikin bir zararı oluşsa bile, taşınmaz bedelinin istenilmesine hukuken olanak yoktur. Böyle bir durum, sadece ve ancak, uğranılan zararın tazminini başka hukuksal yol ve kavramlara dayalı olarak isteme olanağı verebilir.

Yine, kamulaştırmazsöz elkoyma hükümlerinin uygulanması, mal sahibinin kullanımına engel olma ve malın elinden alınması anlamını taşıdığına göre, taşınmaz, mal sahibinin elinde bulunduğu ve kullanma hakkına sahip olduğu sürece, mal sahibi idareden değer karşılığının verilmesini isteyemez”.

Diğer taraftan, hiçbir hukuki esasa dayanmadan kişilerin mülkiyet ve zilyetlik haklarını sürekli bir biçimde ihlal eden el atmaların hepsi de aynı mahiyette değildir. Daha doğru bir ifadeyle, idarenin bu tür müdahalelerinin hepsi başlangıçta aynı mahiyette olsa da, bunlardan büyük bir kısmı zamanla nitelikçe değişime uğrayarak diğerlerinden farklılaşmaktadır. Dolayısıyla, başlangıçta aynılık olsa bile sonradan ortaya çıkan önemli farklılık, bunların hüküm ve sonuçları bakımından ayrı ayrı ele alınarak değerlendirilmesini gerektirmektedir. Çünkü bu tür el atmaların bir kısmı sadece malikin yahut zilyedin gayrimenkulü üzerindeki tasarruf hakkına engel olmaktan ibaret kaldığı halde, diğer bir kısmının hatta çoğunluğunun ise, yine aynı sonucu da doğurmakla birlikte, kamu malı ve hizmetini ilgilendiren önemli birtakım sonuçları da olmaktadır. Dolayısıyla, her ikisini aynı kefedede

⁷ Günday, a.g.e., s. 248; Pertev Bilgen, *Kamulaştırma Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 97; Kutlu Gürsel, a.g.e., s.363, 368; Ömer Köroğlu, *Kamulaştırma*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1995, s. 132; Zeki Akar, *Kamulaştırma ve Kamulaştırmazsöz El Atma Davaları*, Cilt: II, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 941.

görmek doğru olmaz. Bu nedenle, idarenin hiçbir hukuki esasa dayanmadığı için başlangıçta “*füli yol*” veya “*haksız fül*” şeklinde nitelendirilen müdahalelerinden bir kısmının zamanla kamuya yararlı sonuçlar yarattığı göz önünde bulundurularak, ortaya çıkan bu iki ayrı durum arasında bir fark gözetilerek buna göre soruna bir çözüm bulunmasının daha doğru olacağı düşüncesi ileri sürülmüştür.⁸

Fransız hukuku kökenli olan bu düşünceye göre, birinci durumda ki el atmaları “*alélâde kamulaştırmaz el atmalar*”; ikinci durumdaki el atmaları ise “*bayındırlık eserleri inşası nedeniyle kamulaştırmaz el atmalar*” şeklinde adlandırmak ve nitelendirmek gerekir.⁹ Çünkü basit birer haksız fiil yahut mülke tecavüz olan birinci tür el atmalarda zilyed yahut malikin malını korumak ve geri almak için her türlü dava hakkı varken, ikinci tür el atmalarda ise bu kişilerin sadece tazminat yahut malın bedelini isteme hakkı vardır.¹⁰ Gerçi bu durum kendiliğinden yahut idarenin tek taraflı bir kararıyla değil, taraflar arasında anlaşma sağlanmadığı takdirde, mahkemece hükmedilecek belli bir miktar tazminat (bedel) karşılığında ve yine mahkemece verilecek tescil kararıyla olmaktadır. Ancak bu durumda malikin ve zilyedin hiçbir şekilde men’i müdahale yahut istihkak davası açabilme hakkı ve imkânı yoktur.¹¹ “*Dolaylı kamulaştırma*” olarak ifade edilen bu durum temelini, “*bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı*” ilkesinden almaktadır.¹² Hukukumuzdaki duruma ışık tutacağı düşüncesiyle konuya biraz daha yakından bakmakta fayda olduğu kanaatindeyiz.

II- Fransız Hukukunda Kamulaştırmaz El Atmaya Bulunan Çözüm: “*Dolaylı Kamulaştırma*” Teorisi ve Bunun Terkedilmesi

Fransız hukukunda ilk defa Conseil d’État’ın¹³ 7 Temmuz 1853 tarihli *Robin de la Grimaudière* kararıyla benimsenen ve 1990’lı yıllara kadar mutlak bir biçimde uygulanagelen bu anlayışa göre¹⁴, birinci durumda malın mülkiyeti malike ait olmaya devam ettiği halde, ikin-

⁸ Onar, a.g.e., s. 1558-1559; Gözler, a.g.e., c. II, s. 990-991.

⁹ Gözler, a.g.e., c. II, s. 990-991.

¹⁰ Gözler, a.g.e., c. II, s. 990.

¹¹ Gözler, a.g.e., c. II, s. 992-994.

¹² Chapus, a.g.e., s. 566.

¹³ Chapus, a.g.e., s.566.

¹⁴ Chapus, a.g.e., s.566.

ci durumda malın mülkiyeti idareye geçmektedir. Fransa'da özdeyiş hâline gelmiş bir içtihadî ilkeye göre "yanlış yere yapılmış bayındırlık eseri yıkılamaz (*ouvrage public mal planté ne se détruit pas*)".¹⁵ "Bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi (*principe d'intangibilité des ouvrages publics*)" olarak da ifade edilen ve zaman zaman mahkemelerin idareye emir veremeyeceği şeklinde ikinci bir ilke ile de desteklenmiş¹⁶ olan bu ilke uyarınca mahkemelerin bir bayındırlık eserinin işlemesine yahut bütünlüğüne, ne şekilde olursa olsun, müdahale eden karar veremeyecekleri kabul edilmiştir.¹⁷ Bu iki ilkedен birisi arasında seçim yapmanın mümkün olduğu hallerde ise, mahkemeler genellikle ikincisine yani "*bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi*"ne dayanmayı tercih etmişlerdir ve böylece bu ilke zaman içinde iyice yerleşmiştir.¹⁸

Söz konusu ilkenin yerleşmesinin yarattığı sonuç ise, kamulaştırmasız olarak üzerinde bayındırlık eseri inşa edilen taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi olmuştur. Çünkü bu anlayışa göre, bu şekilde taşınmazına el atılan malik, idarenin müdahalesine karşı men-i müdahale davası veya istihkak davası açamaz. Bu kişi sadece uğradığı zararın giderilmesi için adlî yargıda tazminat davası açabilir.¹⁹ Adlî yargı hâkimi, tazminata karar verirken aynı anda, mülkiyetin idareye devrine de hükmeder.²⁰ İşte hâkimin bu kararıyla mülkiyet, mal sahibinin rızası hilafına idareye geçmiş olur ki, "*dolaylı kamulaştırma*"da, "*dolaylılığın*" anlamı budur.²¹

Ancak "*bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi*" yahut "*dolaylı kamulaştırma*" denilen bu uygulama, yaklaşık birbuçuk asır boyunca uygulandıktan sonra, 1990'lı yıllardan itibaren yavaş yavaş terk edilmeye başlanmıştır.²² Anılan teorinin terk edilmesine ilişkin ilk işaretler Conseil d'État'ın²³ 19 Nisan 1991 tarihli *Époux Denard et Martin* kararı ile Yargıtay'ın²⁴ 6 Ocak 1994 tarihli *Baodon de Mony* kararı ile verilmiştir.

¹⁵ Chapus, a.g.e., s.566; Martine Lombard/Gilles Dumont, *Droit Administratif*, 5. Baskı, Dalloz, Paris, 2003, s. 390.

¹⁶ Chapus, a.g.e., s. 566-567.

¹⁷ Chapus, a.g.e., s. 566; Gözler, a.g.e., c. II, s. 994.

¹⁸ Chapus, a.g.e., s. 567.

¹⁹ Chapus, a.g.e., s.566-567; Gözler, a.g.e., c. II, s. 995.

²⁰ Chapus, a.g.e., s.566-567; Gözler, a.g.e., c. II, s. 995.

²¹ Gözler, a.g.e., c. II, s. 995.

²² Chapus, a.g.e., s. 569; Lombard/Dumont, a.g.e., s.390.

²³ CE (Sect.), 19 avril 1991, *Époux Denard et Martin*, Recueil, p. 148 (Nakleden: Chapus, a.g.e., s. 569; Lombard/Dumont, a.g.e., s.390).

²⁴ Cass.Ass.Plén., 6 janvier 1994, *Baodon de Mony*, c. EDF, AJDA, p. 424 (Nakleden: Chapus, a.g.e., s. 570; Lombard/Dumont, a.g.e., s.390).

İlgililerin başvurusuna rağmen bir bayındırlık eserinin kaldırılmasını reddeden belediye başkanı işlemine karşı açılan davada Conseil d'État, işlemde "açık bir değerlendirme hatası"²⁵ bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Kararda, "bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi"nin terk edildiğine ilişkin açık bir hüküm veya ifade yer almamakla birlikte, varılan sonucun mefhumu muhalifinden böyle bir anlam çıkarılmıştır.²⁶ Çünkü kararın gerekçesinden, açık bir değerlendirme hatasının bulunması halinde davanın kabul edileceği ve bu kararın uygulanması durumunda da ister istemez bayındırlık eseri kaldırılacağı için, "bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi" de terk edilmiş olmaktadır.²⁷ Chapus'un ifadesiyle, değinilen ilke böylece ilk "sarsıcı darbeyi" (*coup de boutoir*) bu kararla almış olmaktadır.²⁸ Sonraki tarihlerde idari yargı yerlerince verilen kararlarda ise, bayındırlık eserinin yapılmasına²⁹, yıktırılmasına, imar ve ıslah edilmesine³⁰ yahut kaldırılmasına veya yerinin değiştirilmesine³¹ açıkça hükmedildiği ve söz konusu kararların uygulanmasını sağlamak için de idareye para cezası (*astreinte*) ile desteklenmiş yargısal emir (*injonction*) verildiği görülmektedir.³² Meseleye "yargısal emir" temelinde değinen Fombeur ve Stahl de "yanlış yere yapılmış bayındırlık eseri yıkılmaz (*ouvrage public mal planté ne se détruit pas*)" ilkesinin artık uygulanmadığını; idari yargı yerlerinin yanlış yere yapılmış yahut işlevsel olarak kötü bir biçimde yapılmış olan bayındırlık eserlerinin yıktırılmasına yahut onarılmasına veya düzeltilmesine dair yargısal emir verdiklerini ifade etmektedirler.³³

²⁵ "la décision du maire n'étant pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation".

²⁶ Chapus, a.g.e., s.570.

²⁷ Chapus, a.g.e., s. 569-570.

²⁸ Chapus, a.g.e., s. 570.

²⁹ Örneğin bir belediye idaresine ait arsada en geç dört ay içinde drenaj kanalı yapılması için günlük bin Frank para cezası (*astreinte*) ile desteklenmiş yargısal emir için bkz: Lyon İdare Mahkemesinin 4 Şubat 1998 tarihli *Mme Guillot* kararı, LPA août, 1999, no: 155 (Nakleden: Chapus, a.g.e., s.572)

³⁰ Örneğin bir su bendinin iki ay içinde onarılmasına ilişkin olarak bkz: Limoges İdare Mahkemesinin 7 Aralık 1995 tarihli *cons. Descat* kararı, RFDA, p. 348 (Nakleden: Chapus, a.g.e., s.572).

³¹ Örneğin bir kanalın yerinin değiştirilmesine ilişkin olarak bkz: Lyon İdare Mahkemesinin 7 Haziran 1996 tarihli *Nameur* kararı, DA 1996, no: 495 (Nakleden: Chapus, a.g.e., s.572).

³² İlgili kararlar için bkz: Chapus, a.g.e., s.572. Ayrıca aynı yönde bkz: Pascale Fombeur/Jacques-Henri Stahl, "Contentieux Administratif", in *Code Administratif*, 29. Baskı, Dalloz, Paris, 2006, s. 515 (Coordination éditorial par Zéhina Ait - El - Kadi et Christelle de Gaudemont).

³³ Fombeur/Stahl, a.g.e., s. 515.

Fransız Elektrik İdaresi'nin (EDF) baraj yapımı için satın almak suretiyle elde ettiği gayrimenkule ilişkin satış sözleşmesinin bilahare geçersizliği üzerine malın mülkiyetinin malike döneceğine karar veren Yargıtay ise, Medeni Kanun'un "*hiç kimse malını terke zorlanamaz*"³⁴ (m. 545) yolundaki kuralına dayanarak, idarenin ancak mal sahibi ile anlaşarak ya da kamulaştırma usulüne başvurarak söz konusu yerin mülkiyetini elde edebileceğine karar vermiştir.³⁵ Böylece, "*bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi*" yahut "*dolaylı kamulaştırma*" teorisinin terk edilmesine Yargıtay da iştirak etmiştir.

Kanun koyucu da bu ilke ve teorinin terk edilmesine yalnızca sessiz ve seyirci kalarak dolaylı bir destek vermekle yetinmemiş; 1995 yılında gerçekleştirdiği yasal düzenlemelerle³⁶, idari yargı yerlerine, idareye para cezası (*astreinte*) ile desteklenmiş yargısal emir (*injonction*) verme yetkisini tanımak suretiyle bir bakıma aktif bir destek vermiştir.³⁷

Sonuç olarak, bu yeni yaklaşımı özetlemek gerekirse, yanlış yere yapılmış bir bayındırlık eseri nedeniyle bu eserin üzerinde bulunduğu yeri dolaylı şekilde kamulaştırılmış saymak mümkün değildir. İdare eğer bu yerin mülkiyetini elde etmek istiyorsa, ya mal sahibi ile anlaşarak satın alacak ya da kamulaştırma usulüne başvuracaktır. Bu iki seçenek dışında, idarenin mülkiyet hakkını kazanması kural olarak olanaklı değildir. Ancak kamu mallarının korunması ve kamu yararının gözetilmesi prensibini de bütünüyle göz ardı etmek istemeyen yargı yerleri, çıkarlar dengesini gözetken şöyle bir çözüm geliştirmişlerdir: Yargısal kararın yerine getirilmesi, kamulaştırmaz el atma neticesinde inşa edilmiş bir bayındırlık eserinin yıkılmasını gerektiriyorsa bu takdirde yargıç kararının gerekçelerini de göz önünde bulundurmak suretiyle söz konusu tesisin yıktırılmasının davacıya getireceği yarar ile kamunun ve üçüncü şahısların görebileceği zararı tartmak suretiyle ne şekilde hareket edilmesi gerektiğine karar verebilecektir. Bu kriterler dâhilinde, yani ilgili kişi veya kesimlerin yarar ve çıkarları karşılaştırıldığında, eğer kamusal tesisin yıkılması aşırı bir zarara yol açmayacaksa kararını uygulaması konusunda idareye emir verip vermemesi hususunda yargıcın takdir yetkisi bulunmaktadır.³⁸

³⁴ 29 "*Nul ne peut être contraint de céder sa propriété ...*" (Code Civile, art. 545).

³⁵ Chapus, a.g.e., s. 571.

³⁶ (CJA, art. L. 911-1).

³⁷ Chapus, a.g.e., s.571.

³⁸ CE (Sect.), 17 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-*

Görüldüğü gibi, “bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi” artık terk edildiği için buna bağlı olarak, “dolayısıyla kamulaştırma” teorisinin uygulama alanı da son derece zor koşullarla çevrili ve oldukça dar bir alana hapsedilmiştir.

III- Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 16.5.1956 Tarih ve E.1956/1, K.1956/6 -7 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararlarıyla Bulunan Çözüm

Hukukumuzda, daha ziyade, özel mülkiyette bulunan taşınmazların yola dönüştürülmesi nedeniyle ortaya çıkmış³⁹ bulunan bu sorunu, Yargıtay’ın Fransız hukukunda vaktiyle benimsenen ikili bir ayrıma gitmeden çözmeye çalıştığı görülmektedir. Hayli karmaşık hukuksal sonuçları olan bu tür müdahaleler karşısında Yargıtay’ın bulduğu çözüm nispeten basit ve sade olmuşsa da yetersiz kalmıştır. Aşağıda biraz daha etraflıca ifade ettiğimiz gibi, Yargıtay’ın yerleşik içtihadına göre, bu şekilde el konulan (el atılan) taşınmazın mülkiyeti idareye geçmez. Malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı devam eder. Bu nedenle malikin istihkak davası açmasına imkân ve gerek yoktur. İdarenin haksız müdahalesini önlemek için men’i müdahale davası açılması gerekli ve yeterlidir. Böyle bir dava hakkı ise hiçbir süreyle kısıtlı değildir.

Yargıtay’ın bu çözümü karşısında, kamulaştırmaz el koymalar nedeniyle önemli sorunlar yaşanmayacağı düşünülebilir ise de bu doğru değildir. Çünkü idare bu şekilde el koyduğu taşınmazlar üzerinde genellikle bina, yol, köprü, tünel, viyadük, baraj vb. gibi bir kamu hizmeti tesisi kurarak el attığı bu yerleri kamu malları ile donatmakta ve sonuçta bu şekilde el atılan yer kamu mallarıyla birleşip kaynaşmakta ve fiilen tahsis edildiği kamu hizmetinin vasıtası haline gelmektedir. Başka bir ifadeyle, bu gibi durumlarda el atılan taşınmaz kamu hizmeti ile kaynaşmış olacaktır; çünkü üzerindeki bayındırlık eserleri kamunun yararlanmasına tahsis edilmiş oldukları için kamu

Maritimes et commune de Clans, AJDA 2003, p. 784 (Nakleden: Lombard/Dumont, a.g.e., s.390; Fombeur/Stahl, “Contentieux Administratif”, s. 515).

³⁹ İsmet Giritli/Tayfun Akgüner, İdare Hukuku Dersleri II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 63; Günday, a.g.e., s. 249; Bilgen, a.g.e., s. 98; Köroğlu, a.g.e., s. 132.

malı niteliğini kazanmaktadırlar⁴⁰. Böyle durumlarda verilecek bir men'i müdahale kararı söz konusu kamusal tesislerin yıktırılmasını veya kaldırılmasını ve dolayısıyla artık kendilerinden yararlanılamaması sonucunu doğurur ki, kamu yararı ve milli servetin korunması açısından bakıldığında böyle bir sonucu kabullenmek pek kolay olmasa gerekir⁴¹.

Sorunun çözümüne ilişkin olarak yargı yerlerinin kararları arasında ortaya çıkan içtihat farklılığı Yargıtay'ın⁴² aynı tarihli iki içtihadı birleştirme kararı ile şöyle bir çözüme kavuşturulmuştur:

- 1) *“Usulü dairesinde istimlâk muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, esas itibariyle, gayrimenkulünü yola kalbeden âmmeye hükmü şahsiyeti aleyhine men'i müdahale davası açmaya hakkı” vardır.*⁴³
- 2) Ancak malik *“dilerse bu fiili duruma razı olarak, mülkiyet hakkının âmmeye hükmü şahsiyetine devrine karşılık gayrimenkulün bedelinin tahsilini de dava”* edebilir.⁴⁴
- 3) *“Usulü dairesinde istimlâk muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın gayrimenkulünün bedelinin tahsili hakkında gayrimenkulünü yola kalbeden âmmeye hükmü şahsiyeti aleyhine açacağı bedel davasında müruruzaman mevzubahis olmaz”.*⁴⁵

Yargıtay'ın taşınmaz malikine, belli bir süreyle kısıtlı olmaksızın, tazminat (bedel) veya men'i müdahale davası açmak konusunda seçimlik hak tanıyan bu çözümü, kamu mallarının korunması ve kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkelerini göz ardı ettiği gerekçesiyle bir hayli eleştirilmiştir.⁴⁶

⁴⁰ Onar, a.g.e., s. 1558; Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 1164; Özay, a.g.e., s. 473.

⁴¹ Onar, a.g.e., s. 1561-1562.

⁴² YİBBGK, 16.5.1956 tarih ve E.1956/1, K.1956/6 -7 sayılı Kararlar. Söz konusu kararların ilgili kısımları ve analizi için bkz: Onar, a.g.e., s. 1559-1562; Bilgen, a.g.e., s. 98-99; Akar, a.g.e., s. 942-945; Gözler, a.g.e., c. II, s. 995 vd.

⁴³ Yukarıda anılan 6 sayılı içtihadı birleştirme kararının sonuç kısmından.

⁴⁴ Yukarıda anılan 6 sayılı içtihadı birleştirme kararının sonuç kısmından.

⁴⁵ Yukarıda anılan 7 sayılı içtihadı birleştirme kararının sonuç kısmından.

⁴⁶ Onar, a.g.e., s. 1561-1562; Giritli/Akgüner, a.g.e., s. 63-64; Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 1164; Özay, a.g.e., s. 472-474; Bilgen, a.g.e., s. 100-101; Gözler, a.g.e., c. II, s. 996-997.

IV- 5 Ocak 1961 Tarih ve 221 Sayılı Amme Hükümü Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun İle Getirilen Çözüm

Yargıtay'ın soruna bulduğu çözümden kanun koyucu da memnun kalmamış olmalı ki, 5 Ocak 1961 tarih ve 221 sayılı⁴⁷ Amme Hükümü Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun ile çözüme ortak olmak istemiştir. Söz konusu Kanun'un 1'inci maddesine göre, "6830 sayılı İstimlâk Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili âmme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır."

İkinci maddesiyle de, "Gayrimenkulde amme hizmetinin mahiyet ve gayesine uygun şekilde tesisler veya inşaat vücuda getirilmiş olması bu kanunun uygulanması bakımından fiilen tahsistir" diyerek "tahsis" kavramına açıklık getiren Kanun bu düzenlemeleriyle⁴⁸, 6830 sayılı İstimlâk Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 9 Ekim 1956 tarihine kadar kamulaştırma işlemine dayanmaksızın kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu amaçlara fiilen tahsis edilmiş olan taşınmazların ilgili âmme hükümü şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır demek suretiyle sorunu bir ölçüde çözmüş ise de bütünüyle halletmekten uzak kalmıştır. Çünkü bu Kanun bir kez uygulanmış ve ancak geçmişte (9 Ekim 1956 tarihine kadar) gerçekleşmiş bulunan kamulaştırmasız el atmalar nedeniyle ortaya çıkmış bulunan sorunları çözebilmiştir. Bu nedenle, 9 Ekim 1956 tarihinden sonra gerçekleşen kamulaştırmasız el koymalarda yine Yargıtay'ın yukarıda anılan içtihadı birleştirme kararlarıyla benimsenen çözümün uygulanmasına devam olunmuştur.⁴⁹ Her ne kadar, Kanun'un 6 ncı maddesinde, "Kanunun yürürlüğe girmesinden önce açılmış ve ke-

⁴⁷ Resmi Gazete, Tarih: 12 Ocak 1961, Sayı: 10705.

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, kamu yararının gözetildiğini, kamulaştırılmış sayılmanın koşulu olan fiilen tahsis tarihinin de tanımının yapıldığını belirterek, 221 sayılı Kanunun bu düzenlemelerinin Anayasanın 2 nci ve 46 ncı maddelerine aykırı olmadığını (oyçokluğuyla) karar vermiştir. Bkz: Anayasa Mahkemesinin 17 Ocak 2008 tarih ve E.2004/25, K.2008/42 sayılı Kararı, Resmi Gazete, Tarih: 21 Şubat 2008, Sayı: 26794.

⁴⁹ Günday, a.g.e., s. 250; Giritli/Bilgen, a.g.e., s. 64; Bilgen, a.g.e., s. 101.

sin karara bağlanmamış dâvalar hakkında da bu kanun hükmü uygulanır” denilmiş ise de, bu hükmün de 9 Ekim 1956 tarihinden önce gerçekleşmiş bulunan kamulaştırmasız el atmalarla ilgili olduğu açıktır. Dolayısıyla, bu Kanun’un getirmiş olduğu düzenleme ve çözüm, 9 Ekim 1956 tarihinden önce gerçekleşmiş bulunan kamulaştırmasız el atmalarla sınırlı kalmıştır.

V- 4 Kasım 1983 Tarih ve 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun 38 inci Maddesiyle Getirilen Çözüm

221 sayılı Kanunun ardından da sorunun devam etmesi üzerine bu defa da 4 Kasım 1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 38 inci maddesiyle, *“Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik, zilyed veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınmaz mala elkoyma tarihinden başlar”* şeklinde bir düzenleme getirilerek sorun halledilmek istenmiştir.

Ancak bu düzenleme de sorunu çözmekte yetersiz kalmıştır. Çünkü her şeyden önce, *“her türlü dava hakkı”* ile hangi dava haklarının amaçlandığı açık değildir. Ayrıca bu hakkı yirmi yıllık bir hak düşürücü süreyle⁵⁰ sınırlı tuttuğu için kaçınılmaz olarak hak kayıplarına yol açmıştır.⁵¹ Anılan maddenin gerekçesinde böyle bir süre öngörülmüş olmasının nedeni, *“Medeni Kanunu’muzun 638, 639 ve 897’nci maddeleri dikkate alınarak mülk edinmedeki kazandırıcı zamanaşım süresinin mülkiyetin kaybedilmesinde de idarelerin menfaatleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.”* şeklinde ifade edilmişse de, bu yöndeki bir düzenlemenin, ilgili yasal düzenlemeler arasında bir

⁵⁰ “Bu açık hüküm karşısında, idarenin el koyarak taşınmazı kamu hizmetine özgülmesi veya bir tesis yaptırma eyleminin üzerinden yirmi yıl geçmiş ise, artık tapu ile malik bile olsa, sahibinin her türlü dava hakkının düştüğü, kuşku ve duraksamadan uzaktır. Dolayısıyla bu hak düşürücü süre dolduktan sonra, mal sahibinin ne malı geri alıp tasarrufunu sağlayıcı (el atmanın önlenmesi, taşınmaz malın teslimi gibi) bir dava açabilmesi, ne de mal varlığındaki eksilmesini önleyici, zararını karşılayıcı (yerin bedelinin ödenmesi, ecrimisil, kira veya tazminat) davaları açabilmesi olanaklı değildir. Bu demektir ki, eski malikin bu yer üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermiştir. Taşınmaz mal kendisinin mülkiyetinden çıkmış, tahsis veya tesisi yapan idarenin mülkiyetine geçmiştir.”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, 25 Mayıs 2005 tarih ve E.2005/5-288, K.2005/352 sayılı Kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵¹ Günday, a.g.e., s. 250.

ahenk oluşturma ihtiyacından ziyade, bu şekilde el atılan yerlerin bedelsiz bir şekilde idareye geçmesini sağlama amacını taşıdığı söylenebilir.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, elkonulan taşınmaz malın malik, zilyed veya mirasçılarının hangi davaları açabilme imkânına sahip olduklarını düzenlemediği ve her türlü dava hakkını yirmi yıllık bir hak düşürücü süreyle sınırlı tuttuğu için çeşitli eleştirilere maruz kalan bu düzenleme de Anayasa Mahkemesi'nin, 4 Kasım 2003 tarih ve 25279 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 10 Nisan 2003 tarihli ve E.2002/112, K.2003/33 sayılı Kararı⁵² ile iptal edilmiştir.

⁵² Kararın ilgili kısımları şöyledir:

"Mülkiyet hakkının içerik ve sınırlarını belirleme yetkisi yasalara bırakılmışsa da, bu konuda yasakoyucuya mutlak bir yetki de verilmiş değildir. Aksi görüşün kabulü mülkiyet hakkının Anayasa garantisi altına alınmış olmasına aykırıdır. Kamu tüzel kişilerinin her hangi bir şekilde kamulaştırma yapmadan bir taşınmaz üzerine kamu yararı amacıyla köprü, yol veya herhangi bir tesis yapmaları kamulaştırmasız el atmadır.

Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen kamulaştırma, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkına getirilmiş anayasal bir sınırlamadır. İdare kendisine Anayasa tarafından tanınan olanak ve yetkileri Yasa'ya uygun bir biçimde kullanmaksızın taşınmaza elatarak kamulaştırma ilkelerine aykırı davranamaz. Anayasa'nın sınırlarını belirleyerek izin verdiği kamulaştırma yöntemini kullanmadan yapılan elatmalar, itiraz konusu kurala göre yirmi yıl geçtikten sonra yasal bir kamulaştırmanın bütün sonuçlarını doğurmakta ve taşınmazın, idarenin adına tapu kütüğüne tescili ile sonuçlanabilmektedir. Bu ise anayasal dayanağı olmayan kamulaştırmasız el koymadır. Yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikinin her türlü dava açma hakkının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur.

Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 13, 35 ve 46. maddelerine aykırıdır.

Hukuk devleti insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Devletin veya bir kamu tüzel kişisinin kamulaştırma işlemi olmaksızın temel insan haklarından olan mülkiyet hakkına keyfi bir şekilde el konularak bireylerin sahip oldukları taşınmazları üzerinde özgürce tasarruf etmelerinin engellenmesi ve yirmi yıl sonunda dava hakkı da tanınmayarak, mülkiyet haklarının ellerinden alınması hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Ayrıca, hukukun evrensel ilkelerine saygı duymak hukuk devleti olmanın gereğidir. Hukukun genel ilkelerinden birisi de mülkiyet hakkının "zamanötesi" niteliği, başka bir anlatımla mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramamasıdır. Bu nedenle, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu tarafından bir taşınmazın malik, zilyed veya mirasçılarının

VI- Anayasa Mahkemesinin 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38 inci Maddesini İptal Etmesi Üzerine Ortaya Çıkan Hukuksal Durum ve Yargı Yerlerinin Tutumu

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararının yürürlüğe girmesinin ardından, hukukumuzda kamulaştırmatsız elkoyma halini düzenleyen hiçbir yasal düzenleme kalmamıştır. Yargıtay,

"Dosyada yapılan incelemede; dava konusu taşınmazın 2132 metrekaarelik kısmına, 1961 yılından sonra el atılarak yol haline getirildiği ve el atma tarihinden itibaren, 2942 sayılı Kamulaştırma Yasasının 38. maddesinin, Anayasa Mahkemesince iptal edilme ve dava tarihine kadar 20 seneden fazla süre geçtiğinden, taşınmaz maliki olan davacı tarafın her türlü dava hakkının düştüğü anlaşılmıştır.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesince; 2942 sayılı Kamulaştırma Yasasının 38. maddesi iptal edilmiş ise de, Anayasanın 153/son maddesi uyarınca; Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği ilkesi uyarınca, Kamulaştırma Yasasının 38. maddesinin iptal edilmesinden önceki kazanılmış haklara uygulanması imkânı da bulunmamaktadır.

tanınmış olan hakların, hak sahiplerince yirmi yıl boyunca kullanılmaması, o kimse-lerin taşınmazla aralarındaki ilişkiyi fiilen kestiğini göstermiş olsa bile, o taşınmazla aralarındaki hukuksal ilişkinin sona erdiği anlamına gelmez. Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin temel amacı ise bireylerin hukuk güvenliğini sağlamaktır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine de aykırıdır.

Öte yandan Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek Protokol'ün 1. maddesinde:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâle getirmez." denilmektedir. Nitekim bu kural uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önüne gelen değişik davalarda kamulaştırmatsız el koymayı mülkiyet hakkına aykırı bulmuştur. Mahkeme Papamichalopoulos-Yunanistan (No:14556/89) Carbonara& Venture-İtalya (No: 24638/94) ve Belvedere Alberghiera S.R.L.-İtalya (No: 31524/96) davalarında Yunan Deniz Kuvvetleri ve İtalyan Belediyelerinin kamulaştırmatsız elatmalarını mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. Açıklanan nedenlerle, dava dilekçesinde ileri sürülen diğer aykırılık savları üzerinde durulmaksızın itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 46. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir." (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.05.2005 gün ve 2005/5-288 esas-2005/352 sayılı kararında da bu husus benimsenmiştir"⁵³ diyerek açılan davaları süreden reddetmiştir.

VII- 18 Haziran 2010 tarih ve 5999 sayılı Kanunla 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa Eklenen Geçici 6 ncı Maddenin Öngördüğü Çözüm

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38 inci maddesinin iptali üzerine oluşan hukuksal boşluğu doldurmak üzere bu defa da 18 Haziran 2010 tarih ve 5999 sayılı Kanun'la 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen geçici 6 ncı madde ile önemli birtakım yasal düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. Kendisinden önceki yasal düzenlemelere nazaran hayli ayrıntılı ve kısmen de farklı kurallar içeren bu yeni düzenleme de birçok açıdan sorunlu görüldüğü için, kanaatimizce sorunu çözmekte yetersiz kalacaktır.

Çünkü her şeyden önce belirtmek gerekir ki, 18 Haziran 2010 tarih ve 5999 sayılı Kanunla getirilen düzenleme de ilgililere sadece tazminat talebinde bulunma hakkı tanıdığı için özünde kendisinden önceki düzenlemelerden pek farklı değildir. Nitekim getirilen düzenlemeye göre, *"Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle,"* malikin tazminat talebi hakkı vardır. Malikin bu hakkını dermeyeran edebilmesi bir süreyle kısıtlanmamış olmakla birlikte, dava açabilmesi idareye *"uzlaşma"* başvurusunda bulunma şartına bağlanmıştır. Nitekim ilgili yasal düzenlemede bu şart, *"malik tarafından ilgili idareden tazminat talebinde bulunulması halinde, öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesi esastır."* denilmek suretiyle açıkça ifade edildiği gibi, Kanunun gerekçesinde de *"Bu hükme göre, uzlaşma yoluna*

⁵³ Yargıtay 5. Dairesinin, 7 Kasım 2005 tarih ve E.2005/9536, K.2005/11740 sayılı Kararı (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde başka bir karar için bkz: Yargıtay 5. Dairesinin, 18 Temmuz 2010 tarih ve E.2007/6035, K.2010/14927 sayılı Kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

başvurulmaksızın dava açılmayacaktır.” ifadesine yer verilerek her türlü tartışma ve tereddüt bertaraf edilmiştir.

Söz konusu başvuru üzerine, Kamulaştırma Kanunundaki kıymet takdiri ile ilgili prosedüre göre hareket edilmesi öngörülmektedir. Buna göre, fiilen el konulan veya üzerinde irtifak hakkı tesis edilen taşınmaz, malikin müracaat ettiği tarihteki tahmini değeri, Kamulaştırma Kanunu’nun 8 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre teşkil edilen kıymet takdir komisyonu marifetiyle, taşınmazın el koyma tarihindeki nitelikleri esas alınmak ve bu Kanun’un 11 inci ve 12 nci maddelerine göre hesaplanmak suretiyle tespit edilecek ve bu tespitten sonra, bu Kanun’un 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre teşkil olunan uzlaşma komisyonunca, müracaat tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde 7201 sayılı Kanun hükümlerine göre tebliğ edilen bir yazı ile, tahmini değer bildirilmeksizin, talep sahibi uzlaşma görüşmelerine davet edilecektir.

Uzlaşma şansını arttırmak için nakdi ödeme yanında idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması gibi seçenekler de öngören Kanun, uzlaşma görüşmelerinin de, hukuki veya fiili engel bulunmadığı takdirde davete icabet tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde sonuçlandırılmasını emretmektedir.

Nakdi tazminat bedeli üzerinden uzlaşılması halinde, bütçe imkânlarının elvermemesi halinde ödemenin sonraki yıllara sâri olacak şekilde taksitli olarak da yapılabileceğini öngören Kanun, bu takdirde, taksitli ödeme süresince, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun’a göre ayrıca kanuni faiz ödeneceğini öngörmektedir.

Uzlaşma sağlanamadığı takdirde ise, uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği veya ikinci fıkradaki sürenin uzlaşmaya davet olmaksızın sona erdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde malik tarafından sadece tazminat davası açılabilir. Dava açılması halinde, fiilen el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının müracaat tarihindeki değeri, ikinci fıkranın birinci cümlesindeki esaslara göre mahkemece tespit ve taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya

terkinine ve malike tazminat ödenmesine hükmedilir. Tescile veya terkinine ilişkin hüküm kesin olup tarafların hükmedilen tazminata ilişkin temyiz hakkı saklıdır.

Genel esasları bakımından kendisinden önceki yasal düzenlemelerle paralel hükümler içeren bu düzenleme bazı bakımlardan ise onlardan uzaklaşmaktadır. Sıralamak gerekirse:

1. 5999 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeye göre kamulaştırmasız el koyma sebebiyle *sadece tazminat davası açılabilir*. Kanun böylece, men'i müdahale ve istihkak davası açabilme imkânını açıkça dışlamıştır. Tazminat davası ile ne kast edildiği ise çok açık değildir. Gerçi, tazminat tutarının nasıl hesaplanacağına ilişkin olarak Kamulaştırma Kanunu'nun taşınmazın bedeli ile ilgili düzenlemelerine atıfta bulunulduğundan, tazminattan maksadın gayrimenkulün bedeli olduğu anlaşılmaktadır; ama her iki terimin içerdiği ve kapsadığı maddi tutarların farklı olabilmesi de olasılık dâhilinde bulunduğundan, "*tazminat*" kavramı yerine "*gayrimenkulün bedeli*" teriminin kullanılması daha isabetli olurdu.
2. Buna karşılık, 221 sayılı Kanun açıkça *herhalde gayrimenkule müdahalenin men'i ve tazminat dâvası dinlenmez* (m.3) şeklinde bir hüküm getirdiği gibi, açılacak davanın *gayrimenkulün bedelini dava hakkı* (m.4) olduğunu da kesin bir biçimde belirtmek suretiyle daha açık bir düzenleme getirmekteydi.
3. 2942 sayılı Kanun ise, "*her türlü dava hakkı*"ndan söz etmekteydi. 2942 sayılı Kanun'da geçen bu ifade ile tam olarak ne kast edildiği açık değildi. Ancak uygulamada, açılan davalar daha çok tazminat (bedel) davası şeklinde olmuştur.
4. 2942 ve 221 sayılı Kanunlar (m. 3) tazminat yahut gayrimenkulün bedelini talep hakkını malik, zilyed ve bunların mirasçılarına tanımış iken 5999 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme bu imkânı yalnızca malike tanımış bulunmaktadır. Malike tanınan haktan genel hükümler uyarınca mirasçılarının da yararlanabileceği açıktır. Ancak zilyede ve mirasçılarına hiçbir hakkın tanınmamış olduğu da açıktır. Kanun koyucunun zilyede niçin hiçbir hak tanımadığına ilişkin olarak Kanunun gerekçesinde de herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

5. 2942 ve 221 sayılı Kanunlar tazminat davası açılabilmesini herhangi bir önkoşula bağlı tutmamışken 5999 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme bunu ilgili idareye uzlaşma başvurusu şartına tabi tutmuştur. Bir nevi idari yargılama hukukundaki “önkarar” müessesine (İYUK, m. 13) benzeyen bu düzenleme ile, Kanun’un gerekçesinde ifade edildiği gibi, mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmıştır. Ancak umulan neticeyi vermesi zor görünmektedir.
6. 2942 ve 221 sayılı Kanun (m. 4) tazminat davası açabilme imkânını Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl ile sınırladığı halde, 5999 sayılı Kanun bunu Kanunun ikinci fıkrasındaki sürenin (yani uzlaşma başvurusu üzerine işleyecek olan 6 aylık sürenin) uzlaşmaya davet olmaksızın veya uzlaşmanın başarısızlıkla sonuçlanmasının ardından işleyecek olan üç aylık bir süre ile sınırlamıştır. Ancak dava hakkı, uzlaşma başvurusunda bulunma şartına bağlanmış olup, uzlaşma başvurusu ise, nihai olarak 2026 yılı ile sınırlanmıştır.⁵⁴ Dolayısıyla, dava açma süresi, duruma göre, önceki düzenlemelerden uzun olabileceği gibi, kısa da olabilir.
7. 5999 sayılı Kanun “uzlaşılan nakdi tazminat bedeli, bütçe imkanları dâhilinde, sonraki yıllara sari olacak şekilde taksitli olarak da ödenebilir” demek suretiyle nakdi ve peşin ödeme kuralını yumuşatmıştır. Hak sahipleri aleyhine sonuç doğurabilecek olan bu kural, “taksitli ödeme süresince, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir” denilmek suretiyle telafi edilmek istenmiş ise de, bu düzenlemede, kamulaştırma bedelinin kural olarak peşin ödenmesini öngören Anayasamızın emredici hükümlerine (m. 46) uyarlık bulunmadığı söylenebilir.
8. 5999 sayılı Kanun’un önceki yasal düzenlemelere nazaran getirdiği farklı bir düzenleme de, “Bu madde uyarınca ödenecek olan tazminatın tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez” yolundaki kuraldır. Kuralın en bariz farklı yanı ise, hiçbir ayırım yapmaksızın idarenin her türlü mal, hak ve alacaklarının haciz yasağı

⁵⁴ 13 Şubat 2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun Geçici 2 nci maddesi ile getirilen düzenlemeye göre, “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş yıl süreyle geçerli olmak üzere; 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun geçici 6 ncı maddesi hükmü, 4/11/1983 tarihinden sonraki kamulaştırmaz el koyma işlemlerine de uygulanır”.

kapsamına almış olmasıdır. Haciz yasağı bu denli geniş kapsamlı şekilde uygulandığı takdirde, uzlaşma veya mahkeme kararı üzerine hak sahibi lehine doğan tazminat alacağının tahsilinde ciddi güçlüklerle karşılaşılacağı söylenebilir.

9. 221 ve 2942 sayılı kanunlar yalnızca yürürlüğe girdikleri tarihe kadar gerçekleşmiş bulunan kamulaştırmasız el atmaları düzenledikleri halde, 5999 sayılı Kanun bununla yetinmeyerek yürürlüğünden sonra belli bir tarihe kadar (2026) gerçekleşecek olanları da kapsamına almış bulunmaktadır. Kamulaştırmasız el atma uygulamasının ülkemizde olağan hale gelmiş olduğu göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun gelecekte gerçekleşmesi muhtemel sorunları da kapsamına almış olmasının isabetli olduğu söylenebilir. Ancak bu durumun niçin 2026 yılı sınırlanmış olduğu sorusu ise cevapsız kalmaktadır. Ayrıca bu düzenlemenin idareyi kamulaştırmasız el atma fiillerine teşebbüs etme konusunda cesaretlendireceği de söylenebilir. Böylece idarenin mal edinme yönteminin normal ve olağan usulü olan kamulaştırma usulü yerine bu usule daha sıklıkla başvurulması tehlikesi ortaya çıkabilir.

Genel Değerlendirme ve Sonuç

Kamulaştırmasız el atma sorunu çözmek için bugüne kadar gerçekleştirilmiş bulunan yasal düzenlemelerin sorunu çözemediği görülmektedir. Çünkü söz konusu düzenlemeler, bu konuda her zaman için uygulanabilecek kurallar içermek yerine, daha ziyade, geçmişte gerçekleşmiş bulunan kamulaştırmasız el atmaları "*bir defaya mahsus*" olmak üzere yasal bir çözüme kavuşturmakla yetindikleri için bir nevi "*af kanunu*" özelliği taşımaktadırlar. Bu durum, 5999 sayılı Kanun için de geçerlidir. Çünkü bu Kanun'la getirilen düzenlemeler de geçmişin yanında geleceği de düzenlemekle birlikte, bunu 2026 yılı ile sınırlandırmış⁵⁵ olduğu için bu düzenlemelerin bizatihi kendisi de sorunu kökten halletmek gibi bir iddia içermemektedir.

⁵⁵ 13 Şubat 2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun Geçici 2 nci maddesi.

Durum böyle olunca, ister istemez, 2026 yılından sonra ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Bu durumda, şayet aksi yönde bir düzenleme yapılmazsa, Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararlarıyla benimsenen çözümün uygulanmasına devam olunacağı anlaşılmaktadır.⁵⁶ Özel mülkiyeti korumaya odaklı bu çözümün kamusal yararı gözetmeyi ihmal ettiği için eleştirildiğine yukarıda işaret etmiştik. Hatırlatmak gerekirse, Yargıtay'a göre, taşınmazına el atılan kişi, belli bir süreyle kısıtlı olmaksızın, tazminat (ecrimisil, bedel) veya men'i müdahale davası açmak konusunda seçimli bir hakka sahiptir.

Görüldüğü gibi, bu bakış açısı olaya yalnızca ve tamamen özel mülkiyetin korunması perspektifinden yaklaşmaktadır. "*Fiat justitia et ruat caelum* (gök çökse de adalet yerini bulsun)"⁵⁷ özdeyişi ile özetlenebilecek olan bu yaklaşım, "*alêlâde kamulaştırmasız el atmalar*" yani el atmanın sadece malikin yahut zilyedin gayrimenkulü üzerindeki tasarruf hakkına engel olmaktan ibaret kaldığı durumlar için doğru-

⁵⁶ Nitekim 5999 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce mahkemelerin bu yönde kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin 12 Ağustos 2011 tarihli *Hürriyet* Gazetesinde yer alan "*Alanya'da Herkes Şaşkın*" başlıklı haberde aynen şöyle denilmektedir:

"Alanya'nın Oba Beldesi'nde oturan Hasan Okşar, 2005 yılında Oba Belediyesi'ne, kendisine ait taşınmaza kamulaştırılmadan yol açıldığı, yeşil alan ve çocuk parkı yapıldığı gerekçesiyle dava açtı. Herhangi bir istimlak bedeli ödenmeden yapılan uygulamadaki hataların giderilmesini isteyen Okşar'ın 6 yıldır süren hukuk savaşı sona erdi. Mahkeme, davacı Hasan Okşar'ı haklı bularak yol olarak kullanılan taşınmazın kendisine ait olduğuna ve iadesine karar verdi. Mahkeme kararından sonra harekete geçen Okşar, kendisine ait ancak kamunun yol olarak kullandığı alana geldi. Bilirkişi eşliğinde yapılan ölçüm ve tespitlerden sonra yolun nereden kapanacağı belirlendi. İşlemlerin ardından işçiler, vatandaşların ve turistlerin şaşkın bakışları arasında yolun 4 bin 211 metrekaarelik kısmını tel örgüyle kapattı. İşçiler tel örgüyü çekerken, vatandaşlar yolda yapılanları şaşkınlıkla izledi". Mustafa SERTER/DHA *Hürriyet*.

²⁴ Ağustos 2011 tarihli *Hürriyet* Gazetesinde yer alan "*Görenleri Şaşırtan Tabela*" başlıklı haberde ise şöyle denilmektedir:

"Van'da trafik sorununu çözmek için alternatif yollar aranırken mevcut yollarda da genişletme çalışmaları yapılıyor. Bu kapsamda Şabaniye Mahallesi'ndeki 2 bin 200 metre uzunluğundaki yolun altyapıları da tamamlanarak 26 metre genişliğinde çift şeritli olarak açıldı. Genişletme çalışmalarında istimlak edilen birçok ev yıkılarak hak sahiplerine paraları ödendi. Karayolları tarafından yapılan yolun kendi arasında geçtiğini belirten ve istimlak bedelinin ödenmediğini iddia eden Hüsnü Çiftçi dava açtı. Bölge İdari Mahkemesi, 2008 yılında Çiftçi'yi haklı bularak 40 metrelik yolu trafiğe kapattı. Yolun ortasında "Bu kesimde yol çalışmaları mahkeme kararı ile durdurulmuştur. Karayolları 11. Bölge Müdürlüğü" yazılı tabelayı görenler şaşırırken yolun kapanması trafikte büyük aksaklıklara neden oluyor". Gülay ÖZEK-Murat ÇAĞLAR/DHA.

⁵⁷ Gözler, a.g.e., c. II, s. 993.

dur.⁵⁸ Çünkü böyle durumlarda idarenin müdahalesinin önlenmesi ve yasaklanması, kamusal yarar ve çıkarlara dokunan ciddi bir sonuç doğurmaz. Kamu malı ve yararına zarar getirmeyen bu tür önleme ve yasaklama kararları özel mülkiyete saygı prensibini de korudukları için gerekli ve isabetlidirler.

Ancak bu şekilde el atılan taşınmazlar üzerinde genellikle, zamanla kamusal yapı ve tesislerin kurulduğu ve böylece el atılan taşınmaz ile kamusal malların birleşip kaynaştığı ve bir bütün olarak kamu hizmetinin yürütülmesinin vazgeçilmez bir aracı haline geldiği görülmektedir. Nitekim ilgili yargısal kararlara bakıldığında bu olguları kolayca gözlemlemek mümkündür. Ne var ki, mülkiyet hakkının üstünlüğünü ön plânda tutan Yargıtay, taşınmazın zilyed yahut malikine anılan dava haklarını tanımakta herhangi bir sakınca görmemiştir.

Mülkiyet hakkını korumaya önem verdiği için özünde doğru sayılabilecek bu yaklaşım, kamusal yarar ve çıkarları hiç gözetmediği için eleştiriye açıktır. Çünkü men'i müdahale kararı neticesinde, yolun trafiğe kapanması, köprü, viyadük, tünel yahut bir hizmet binasının yıkırılması gibi, kamu hizmetini kesintiye uğratacak ve milli servetin zarar görmesine yol açabilecek durumlar ortaya çıkacaktır. Mülkiyet hakkının korunması adına bunların görmezden gelinmesi doğru değildir.⁵⁹ Gerçi idare bu aşamada da kamulaştırma yetkisini kullanarak, mahkeme kararı üzerine ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçları bertaraf etme imkânına sahiptir. Yargıtay⁶⁰ biraz da bu düşünceden hareketle olsa gerektir ki, kolayca men'i müdahale kararı verebilmektedir. Yargıtayın yaklaşımı özünde doğru olmakla birlikte, soruna her durumda tatmin edici bir çözüm teşkil etmekten uzaktır. Çünkü tamamlanması belli bir zaman gerektiren bu usulünün, açılacak dava vs. gibi nedenlerle iyice gecikmesi ve hatta bütünüyle akamete uğraması bile ihtimal dâhilindedir. Dolayısıyla, idarenin böyle bir imkâna sahip olması, Yargıtayın bu tutumunun her durumda haklı olduğunu göstermeye yetmez.

⁵⁸ Gözler, a.g.e., c. II, s. 996.

⁵⁹ Gözler, a.g.e., c. II, s. 996.

⁶⁰ "İdarenin elattığı taşınmazı kamu hizmeti için her aşamada kamulaştırma yetkisi bulunduğundan, elatmanın önlenmesi ve yıkım kararı verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır". Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 8 Mart 2010 tarih ve E.2009/18079, K.2010/3531 sayılı Kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

Bize göre, bu tür durumlarda, yargı yerlerinin önlerine gelen somut uyuşmazlıklara göre bir karar vermeleri daha doğru olacaktır. Örneğin, el atılan taşınmaz üzerindeki kamusal yapı ve tesislerin değeri ve bunların tahsis edilmiş oldukları kamu hizmeti bakımından vazgeçilmezlik derecesi vb. hususlar göz önünde bulundurularak men’i müdahale kararı verilebileceği gibi, bedeli karşılığında mülkiyetin idare adına tesciline de karar verilebilir. Kişisel yarar ve çıkar ile kamusal yarar ve çıkarın dengeli bir biçimde gözetilmesi esasına dayanan bu anlayış, idare hukuku prensiplerine uygun olduğu gibi medeni hukuk kurallarında da karşılığını bulmaktadır.⁶¹ Nitekim Onar ve Gözler’in⁶² işaret ettikleri gibi, kamulaştırılmamış araziye bayındırlık eseri yapılması durumunda, Medenî Kanun’un başkasının arazisi üzerinde inşaat yapılmasına ilişkin hükümleri uygulanabilir. Gerçekten de Türk Medenî Kanununun “Arazinin mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesi” başlıklı 724 üncü maddesine göre, “Yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa, iyiniyetli taraf uygun bir bedel karşılığında yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesini isteyebilir”.⁶³ İşte kamulaştırılmamış araziye bayındırlık eseri yapılması durumunda da adliye mahkemeleri bu hükümlere göre hareket edebilirler.⁶⁴ Anlaşılabacağı üzere, söz konusu hükümlerin uygulanabilmesi için öncelikle yapının değerinin arazinin değerinden fazla olması ve yapı sahibinin iyi niyetli olması şeklinde iki şartın birlikte gerçekleşmiş olması gerekir. Ancak bu şartların özel hukuk ilişkilerinde olduğu şekilde değil, kamusal yarar ve çıkarların gerektirdiği ihtiyaçlara cevap verecek şekilde uygulanması gerekir. Örneğin, inşa edilen bayındırlık eserinin değeri arazinin değerinden daha fazla olmamakla birlikte, söz konusu bayındırlık eseri toplumun geniş bir kesimine sunulan önemli bir kamu hizmetinin yürütülmesi için vaz-

⁶¹ Onar, a.g.e., c.III, s.1561-1562.

⁶² Onar, a.g.e., c.III, s.1561-1562.

⁶³ Bu düzenlemeyi tamamlayıcı bir hüküm de “Taşkın yapılar” başlıklı 725 nci maddede yer almaktadır. “Bir yapının başkasına ait araziye taşınan kısmı, eğer yapıyı yapan malik taşınan arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahip bulunuyorsa, ona ait taşınmazın bütünleyici parçası olur.

Böyle bir irtifak hakkı yoksa, zarar gören malik taşmayı öğrendiği tarihten başlayarak onbeş gün içinde itiraz etmediği, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşınan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir”.

⁶⁴ Onar, a.g.e., c.III, s.1562; Gözler, a.g.e., c. II, s. 996-997.

geçilmez nitelikte ise, bu durumda da ilk şartın gerçekleşmiş olduğu kabul edilmelidir. Başka bir ifadeyle, bayındırlık eserinin değerini tespit ederken onun kamusal yarar ve çıkarlar bakımından taşıdığı önemi göz ardı edip, yalnızca maddi değeri ile sınırlı bir değerlendirme yapmakla yetinmek doğru olmaz. Çünkü söz konusu olan iki özel hukuk kişinin menfaatinin yarışması değil, özel hukuk kişisi ile kamunun yarar ve çıkarının çatışmasıdır. Bu itibarla, yapının değeri belirlenirken yani birinci şartın gerçekleşip gerçekleşmediği irdelenirken bu hususun da mutlaka göz önünde bulundurulması gerekir. Aksi takdirde, değeri arazinin değerinden fazla olmamakla birlikte toplumun günlük, olağan ve normal yaşamı bakımından vazgeçilmez nitelikteki bazı yapıların bu hükümlerden yararlanamaması sonucunun ortaya çıkması kaçınılmaz olur. İyi niyet şartına gelince, bunun da özel hukuk kişilerinde arandığı şekilde aranması doğru olmaz. Çünkü idare adına böyle bir fiili gerçekleştiren görevliler de bunu şahsi yarar ve çıkarları için değil, kamusal bir ihtiyacı karşılamak yahut bir kamu hizmetini yürütmek için yaptıklarından idarenin karine olarak iyiniyetli sayılması gerekir.⁶⁵ İşte bu koşullar gerçekleşmişse, idare uygun bir bedel karşılığında arazinin mülkiyetinin kendisine geçmesini isteyebilir. Böyle bir durumda mahkeme arazi sahibi özel kişiye uygun bir bedel ödenmesine ve arazinin mülkiyetinin idareye geçmesine karar verebilir. Böylece bir bakıma “*dolaylı olarak kamulaştırma*” gerçekleşmiş olur.⁶⁶

Belirttiğimiz koşulların gerçekleşmemesi durumunda ise, Yargıtay’ın yukarıda yer verdiğimiz içtihadı birleştirme kararlarıyla benimsenen çözüm yolu izlenmelidir. Başka bir ifadeyle, üzerinde bayındırlık eseri tesis edilen arazinin değeri tesisin (yapının) değerinden daha fazla ise ve söz konusu tesis toplumun geniş bir kesimine hitap eden bir kamu hizmetinin yürütülebilmesinin vazgeçilmez aracı niteliğinde değilse veya idare tartışma götürmeyecek derecede açıkça kötü niyetli ise, Medeni Kanun’un anılan hükümleri uygulanamayacaktır. Dolayısıyla, bu şekilde el konulan (el atılan) taşınmazın mülkiyeti ne

⁶⁵ Onar, a.g.e., c.III, s.1562. Onar’ın ifade ettiği gibi, burada aranan iyi niyeti de anılan hükmün uygulanabilmesinin esasa ilişkin bir şartı olarak değil, bedelin takdirinde göz önünde bulundurulacak bir unsur olarak görmek gerekir. Çünkü burada asıl amaç, milli servetin ve kamusal yarar ve çıkarın korunması olduğu için iyi niyet-kötü niyet değerlendirmesi tali planda kalmaktadır. Daha fazla bilgi için bkz: Onar, a.g.e., c.III, s.1562.

⁶⁶ Gözler, a.g.e., c. II, s. 997.

kendiliğinden ve ne de mahkeme kararı ile idareye geçmez. Malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı devam eder. Bu nedenle malikin istihkak davası açmasına imkân ve gerek yoktur. İdarenin haksız müdahalesini önlemek için men'i müdahale davası açılması gerekli ve yeterlidir. Böyle bir dava hakkı ise hiçbir süreyle kısıtlı değildir.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, Fransız hukukunda da “*bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi*” artık terk edildiği için buna bağlı olarak, “*dolayısıyla kamulaştırma*” teorisinin uygulama alanı da son derece zor koşullarla çevrili dar bir alana hapsedilmiş bulunmaktadır. Kamu yararı ile kişisel yarar ve çıkarın bağdaştırılması esasına dayanan bu yeni çözüm perspektifinin, esas itibarıyla, yukarıda ifade ettiğimiz çözüm tarzıyla örtüştüğü söylenebilir.

Kuşkusuz, sorunun bütünüyle çözümü, idarenin sahip olduğu kamulaştırma yetkisini kullanarak kamulaştırmaz el atma fiillerine hiç girişmemesinden geçmektedir. Ancak, her nasılsa, ülkemizde (ve tabii ki Fransa’da) kamulaştırmaz el atma fiilleri hiç eksik olmamıştır ve öyle olmaya da devam edecek gibi görünmektedir. Konuya ilişkin olarak yürürlüğe konulan birtakım özel yasal düzenlemeler de sorunu kökten halletme potansiyeli ve iddiası taşımadıklarına göre yapılması gereken, Medeni Kanun’un yukarıda anılan hükümlerini idare hukuku prensipleri ile birlikte uygulayarak bir çözüm geliştirmektir.

KAYNAKLAR

- Arcak, Ali, *Kamulaştırmaz Elkoyma ve Yeni Hükümler*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1987.
- Akar, Zeki, *Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları*, Cilt: II, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Bilgen, Pertev, *Kamulaştırma Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.
- Chapus, René, *Droit Administratif Général*, Cilt: II, 15. Baskı, Montchrestien, Paris, 2001.

- Fombeur, Pascale/Stahl, Jacques-Henri, “*Contentieux Administratif*”, in *Code Administratif*, 29. Baskı, Dalloz, Paris, 2006 (Coordination éditorial par Zéhina Aıt - El - Kadı et Christelle de Gaudemont).
- Giritli, İsmet/Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku Dersleri II*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt: I, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt: II, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 9. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Köroğlu, Ömer, *Kamulaştırma*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1995.
- Kutlu Gürsel, Meltem, *Kamulaştırma Hukuku*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2009.
- Lombard, Martine/Dumont, Gilles, *Droit Administratif*, 5. Baskı, Dalloz, Paris, 2003.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt: III, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Özay, İl Han, *Günışığında Yönetim*, Alfa Kitabevi, İstanbul, 2002.